

UiO : **Det juridiske fakultet**

Fordrivelse over landegrenser: Kan miljøfordrevne ha et rettskrav på opphold i Norge?

Kandidatnummer: 533

Leveringsfrist: 26.11.2012 kl. 12.00

Antall ord: 17 666



Forord

Min interesse for utlendingsrett oppsto da Maria Amelie-saken herjet i norske medier i starten av 2011. "Alle" mente noe om den unge kvinnens langvarige ulovlige opphold i Norge, og hvorvidt hun burde få bli eller skulle returneres til Russland. Den hissige debatten inneholdt hele spekteret av meninger, fra de følelsesladede og ukritiske, til de harde og realistiske. Immigrasjonsspørsmål ligger i skjæringspunktet mellom jus og politikk, og tematikken vekker alltid stor offentlig interesse. Det spiller ingen rolle om man er fagperson eller "mann i gata"; vi kan alle forholde oss til disse spørsmålene.

Allmennhetens interesse for utlendingsretten tiltalte meg umiddelbart. Jeg fikk et ønske om å være en av dem som kunne delta i debatten ut fra mine fagkunnskaper og ikke kun på bakgrunn av følelser og dårlig begrunnede påstander. Slik endte jeg opp med å ta utlendingsrett som et av valgfagene i mastergraden min. Fagets internasjonale karakter og fokus på menneskerettighetene ga en kombinasjon av fagfeltene jeg brenner for i jussen og er grunnen til at jeg har valgt å fordype meg i utlendingsrett i denne masteravhandlingen. Valget av den spesifikke problemstillingen skyldes interesse for den usikre rettstilstanden som oppstår når en gruppe faller på siden av det tradisjonelle flyktningregimet.

Jeg har fått hjelp og støtte av flere under arbeidet med avhandlingen. Først og fremst vil jeg takke veileder Øyvind Øyen for alle faglige bidrag og engasjement.

Takk til mamma, pappa og Are for all støtte og for at dere alltid motiverer meg til å yte det lille ekstra. Pappa skal også ha takk for å ha lest korrektur på avhandlingen.

Takk til morfar som har fulgt interessert med på mine studier generelt og avhandlingen spesielt, samt bidratt med kjærkommen økonomisk støtte gjennom hele studietiden.

Sist, men ikke minst vil jeg takke min bedre halvdel Stein-Erik. Din positivitet, støtte og evne til å gi hverdagene farge betyr alt for meg. Du er den beste.

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Bakteppe	1
1.2	Avhandlingens tema, terminologi og avgrensninger	2
1.3	Rettskildene	5
1.4	Videre fremstilling.....	6
2	OPPHOLDSTILLATELSE FOR UTLENDINGER SOM TRENGER BESKYTTELSE: UTLENDINGSLOVEN § 28	8
2.1	Beskyttelse etter utlendingsloven § 28 (1) a), jf. §§ 29 og 30: Konvensjonsflyktninger.....	8
2.1.1	Internasjonalt grunnlag: Flyktningkonvensjonen.....	8
2.1.2	Bestemmelsens innhold: Kravet om forfølgelse	8
2.1.3	Anvendelse av utlendingsloven § 28 (1) a) på miljøfordrevne	11
2.2	Beskyttelse etter utlendingslovens § 28 (1) b): Det utvidede flyktningbegrep	15
2.2.1	Internasjonalt grunnlag: Det folkerettslige forbudet mot refoulement.....	15
2.2.2	Bestemmelsens innhold: Reell fare for å bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling ved retur til hjemlandet	16
2.2.3	Anvendelse av utlendingsloven § 28 (1) b) på miljøfordrevne	18
3	KOLLEKTIV BESKYTTELSE I EN MASSEFLUKTSITUASJON: UTLENDINGSLOVEN § 34.....	21
3.1	Bestemmelsens grunnlag: Norge, likhetstrekk med EU-retten.....	21
3.2	Bestemmelsens innhold: Midlertidig oppholdstillatelse etter en prima facie-vurdering	21
3.3	Anvendelse av utlendingsloven § 34 på miljøfordrevne	23

4	OPPHOLDSTILLATELSE PÅ GRUNN AV STERKE MENNESKELIGE HENSYN: UTLENDINGSLOVEN § 38.....	25
4.1	Bestemmelsens grunnlag: Norge	25
4.2	Bestemmelsens innhold: Sterke menneskelige hensyn veies opp mot innvandringsregulerende hensyn	26
4.2.1	Generelt om vurderingen etter utlendingsloven § 38	26
4.2.2	Utlendingsloven § 38 (2) c): Retur utilrådelig på grunn av sosiale eller humanitære forhold	28
4.2.3	Utlendingsloven § 38 (4) a), b) og c): Innvandringsregulerende hensyn i form av konsekvenser for søknadsomfang på lignende grunnlag, samfunnsmessige konsekvenser og myndighetenes kontrollmuligheter.....	29
4.3	Relevant praksis fra EMD	30
4.3.1	Innledning	30
4.3.2	EMD D. v. United Kingdom, dom av 2.5.1997	31
4.3.3	EMD N. v. United Kingdom, dom av 27.5.2008	33
4.3.4	EMD M.S.S. v. Belgium and Greece, dom av 21.1.2011	34
4.3.5	EMD Sufi and Elmi v. United Kingdom, dom av 28.6.2011	35
4.3.6	EMD-dommenes betydning for miljøfordrevne.....	36
4.4	Anvendelse av utlendingsloven § 38 på miljøfordrevne	41
5	OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER: MILJØFORDREVNES RETTSLIGE STILLING I DAG, OG UTVIKLING AV RETTIGHETER FOR GRUPPEN I ET FREMTIDSPERSPEKTIV	49
5.1	Miljøfordrevnes rettslige stilling etter norsk rett i 2012	49
5.2	Befinner miljøfordrevne seg i et rettstomt rom internasjonalt?	51
5.3	Internasjonalt fokus på utvikling av miljøfordrevnes rettigheter	54
5.4	Konklusjoner	57
6	LITTERATURLISTE	60
6.1	Lovgivning.....	60

6.1.1	Norske lover og forskrifter	60
6.1.2	Konvensjoner og EU-rettsakter.....	60
6.1.3	Utenlandske lover.....	60
6.2	Forarbeider.....	61
6.2.1	Norske forarbeider	61
6.2.2	Utenlandske forarbeider	61
6.3	Rettsavgjørelser	61
6.3.1	EMD-rettsavgjørelser	61
6.3.2	Utenlandske rettsavgjørelser	62
6.4	Litteratur	62
6.4.1	Bøker	62
6.4.2	Artikler	62
6.4.3	Nettdokumenter.....	63
6.5	Øvrige dokumenter	65

1 Innledning

1.1 Bakteppe

Somalia 2011: Etter to tiår med krig og anarki opplevde Somalias allerede hardt prøvede befolkning en ekstrem tørkeperiode i 2011. Etter flere år med usikre og nedbørsfattige regnperioder uteble regnet fullstendig de to siste forventede periodene. Ødelagte avlinger og død buskap gjorde snart den humanitære krisen til et faktum: I løpet av sommeren og høsten erklærte FN hungersnød i flere deler av landet. Situasjonen ble karakterisert som den verste på 60 år.¹ I tillegg til høye sykdoms- og dødstall ble også en mengde mennesker tvunget til å forlate hjemmene sine for å prøve å unnsnippe katastrofen. Mange ble værende i andre deler av hjemlandet som internt fordrevne, mens andre krysset hjemlandets grenser for å komme seg i sikkerhet. FN rapporterte i august 2011 at i juli alene hadde leirkompleksene Dadaab i Kenya mottatt hele 40 000 somaliere som var blitt fordrevet fra hjemlandet.² Fremtiden deres er usikker. Dersom de langvarige konfliktene i landet til slutt roer seg, vet de fortsatt ikke hva naturkatastrofer og klimaendringer vil føre med seg av lidelser når de en dag vender tilbake.

Situasjonen i Somalia er ikke unik. Over hele verden påvirkes mennesker av naturkatastrofer. Flommene i Pakistan i 2010 og 2011, jordskjelvet på Haiti i 2010 samt orkanen Katrina, som rammet Mellom-Amerika og USA i 2005, er bare noen eksempler som vi kjenner fra de siste årenes nyhetsbilde. Allerede i 1990 uttalte FNs klimapanel (IPCC) at "among the most significant of all the potential impacts of climate change are the possible effects on human settlement..."³ I 2007 kunne IPCC slå fast at klimaendringer som

¹ UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (UNOCHA), 30. juni 2011.

<http://www.unocha.org/top-stories/all-stories/somalia-extreme-concern-over-deteriorating-drought-situation> [Sist besøkt 15. november 2012].

² UN News Centre, 3. august 2011.

<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39225#.UG2WPphmKSp> [Sist besøkt 4. oktober 2012].

³ IPCC (1990) s. 5-5.

følge av menneskelig påvirkning er et økende problem som allerede har fått alvorlige konsekvenser, blant annet i form av hyppigere og mer skadelige naturkatastrofer som tørke og flom.⁴ Guha-Sapir med flere for Centre for Research on the Epidemiology of Disasters (CRED) pekte i 2012 på at den generelle trenden viser at antall rapporterte naturkatastrofer per år fra 1990 og til i dag er økende.⁵ Frem mot tusenårsskiftet inntraff gjennomsnittlig 200-300 naturkatastrofer årlig i verden.⁶ Etter tusenårsskiftet har tallet steget sakte, men sikkert. Fra 2001 til 2010 var gjennomsnittet på 384 katastrofer per år.⁷ Med et økende antall naturkatastrofer må det antas at flere mennesker rammes. Det er enda uvisst hvordan klimaendringer vil påvirke verdens naturkatastrofemønster i fremtiden og hvordan naturkatastrofer vil påvirke menneskelig migrasjon. Tidligere FN-undergeneralsekretær for humanitære spørsmål og koordinator for nødhjelp, Sir John Holmes, har imidlertid uttalt om naturkatastrofer relatert til klimaendringer at "these events are not abnormal; they're what I call the 'new normal'".⁸ Det vi vet allerede i dag, er at naturkatastrofer har et enormt skadepotensial, som medfører at mange av dem som rammes blir tvunget til å forlate hjemstedene sine for kortere eller lengre perioder. Dette bekreftes av både CREDs rapport og av IPCC i deres spesialrapport om ekstremvær og katastrofer fra 2012.⁹

1.2 Avhandlingens tema, terminologi og avgrensninger

Naturkatastrofer har alltid rammet kloden vår. Det er, som vi allerede har sett, mye som tyder på at slike katastrofer er et økende problem i verden i dag. Mennesker berøres av dem på en rekke måter. Mange blir tvunget vekk fra sine opprinnelige leveområder og befinner

⁴ IPCC (2007) s. 30.

⁵ Guha-Sapir [et al.] (2012) s. 11.

⁶ l.c.

⁷ Guha-Sapir [et al.] (2012) s. 9.

⁸ Fra John Holmes' åpningstale under Dubai International Humanitarian Aid & Development Conference & Exhibition (DIHAD) 2008.

<http://reliefweb.int/report/world/opening-remarks-sir-john-holmes-usg-humanitarian-affairs-and-erc-dihad-2008-conference> [Sist besøkt 14. november 2012].

⁹ Guha-Sapir [et al.] (2012) og IPCC (2012) s. 80.

seg i en usikker posisjon både faktisk og juridisk sett. Denne avhandlingen tar for seg et juridisk aspekt av miljøfordrevnes situasjon, nemlig *spørsmålet om de rammede har et rettskrav på opphold i en fremmed stat når de krysser en internasjonalt anerkjent landegrense*. Begrepene ”rett til opphold” og ”rettskrav på opphold” brukes om hverandre i avhandlingen, men med samme betydning.

Terminologien på feltet har vært omstridt. Begrepet ”miljøflyktninger” har vært brukt for å karakterisere gruppen, men har møtt kritikk fra blant annet FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR).¹⁰ Begrepet mangler juridisk forankring, idet ordet ”flyktning” er en rettslig standard som i internasjonal flyktningrett antyder at visse kvalifikasjonskrav er oppfylt. At kvalifikasjonskravene er oppfylt, fører igjen til visse rettigheter for den som er konvensjonsflyktning etter Flyktningkonvensjonen (FK) av 1951 art. 1A (2). Begrepet er også misvisende fordi det forenkler bildet av klimaendringer og naturkatastrofers påvirkning på migrasjon.¹¹ I avhandlingen brukes derfor det nøytrale begrepet ”miljøfordrevne” for å definere den aktuelle gruppen. Med ”fordrevet” menes at en person er blitt tvunget til å forlate hjemstedet sitt, i motsetning til at vedkommende har forlatt hjemstedet av fri vilje. Begrepet ”fordrivelse” betegner altså tvungen migrasjon.

Avhandlingen tar for seg miljøfordrevnes juridiske rettigheter i et beskyttelsesperspektiv. Det avgrenses mot vurdering av opphold begrunnet i økonomiske motiver, for eksempel i forbindelse med arbeid og studier. Det er en flytende overgang mellom frivillig og tvungen migrasjon når menneskestrømmer beveger seg på grunn av naturkatastrofer. Skillet er særlig vanskelig å trekke når katastrofen utvikles gradvis over tid, som ved ekstrem tørke. Her vil mange velge å forlate hjemstedet før det blir ulevelig der. I slike tilfeller er det

¹⁰ UNHCR (2009) s. 8-9.

¹¹ l.c.

uklart når situasjonen er blitt så ille at migrasjonen må karakteriseres som tvungen fremfor en form for frivillig tilpasning.¹²

I motsetning til de gradvis utviklede naturkatastrofene står de plutselige og akutte katastrofene, som ved flom eller storm. Disse har visse likhetstrekk med konfliktsituasjoner, idet de gjør hjemstedene til de berørte akutt ubeboelige. Her er det lettere å påvise at de som må forlate hjemmene sine, er tvunget til det. Avhandlingen tar for seg fordrivelse fra både gradvis utviklede og akutte naturkatastrofer.

Avhandlingen tar for seg fordrivelse som følge av både naturkatastrofer relatert til klimaendringer og andre typer naturkatastrofer. Eksempler på naturkatastrofer relatert til klimatiske endringer er hyppigere forekommende og mer ødeleggende stormer, flom og tørke. Katastrofer som jordskjelv og vulkanutbrudd er derimot ikke påvirket av klimaendringer, men forekommer uavhengig av klima. Den internasjonale debatten om miljøfordrevnes rettigheter anerkjenner i økende grad at det fra et rettighetssynspunkt er likegyldig for de rammede om katastrofen skyldes naturlige eller menneskepåvirkede forhold. Beskyttelsesbehovet er det samme uavhengig av årsaken til naturkatastrofen.¹³ Derfor er begge grupper miljøfordrevne inkludert i avhandlingen.

Avhandlingen drøfter både fordrivelse på grunn av naturkatastrofer alene og kombinasjonen av naturkatastrofer og konflikt som bakgrunn for fordrivelse.

Avhandlingen avgrenses mot internt miljøfordrevne. Internt miljøfordrevne er mennesker som er tvunget til å forlate hjemmene sine på grunn av en naturkatastrofe, men som ikke har krysset en internasjonalt anerkjent landegrense. De fleste som drives på flukt etter naturkatastrofer, ender opp på andre steder i sitt eget land og beskyttes fortsatt av dette

¹² McAdam (2012) s. 5-6.

¹³ Se blant annet Kolmannskog og Myrstad (2009) og Kolmannskog og Trebbi (2010) s. 714-715.

landets regler. Når miljøfordrevne krysser landegrensene, oppstår imidlertid det meget interessante spørsmålet om denne gruppen faller inn under noe regelverk som kan gi dem rett til opphold i en fremmed stat.

Avhandlingen tar kun for seg miljøfordrevnes muligheter for å få oppholdstillatelse i Norge. Fokuset i avhandlingen ligger dermed på relevante bestemmelser i norsk utlendingsrett, EU-retten, Flyktningkonvensjonen (FK) samt menneskerettighetene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Avgrensningen skyldes avhandlingens begrensede omfang.

1.3 Rettskildene

De viktigste rettskildene for avhandlingens tema er Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. mai 2008 nr. 35 (utlendingsloven/utl.) med Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009 nr. 1286 (utlendingsforskriften/uf.), FN-konvensjonen om flyktningers rettslige stilling av 28. juli 1951 (flyktningkonvensjonen/FK) med Tilleggsprotokoll av 31. januar 1967 og Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (EMK).

Det fremgår av utl. § 3 at det etableres sektormonisme i norsk utlendingsrett, da ”loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling”. Dermed virker både FK og andre konvensjoner Norge er bundet av, direkte inn på vår interne rett. Utlendingsloven § 3 skal forstås slik at ved en eventuell motstrid mellom de internasjonale reglene som forplikter Norge og interne norske lovreglene, skal de interne reglene vike.¹⁴ EMK er inkorporert i norsk rett gjennom Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven/mnskrl.) § 2, og har forrang ved eventuell motstrid med nasjonal

¹⁴ NOU 2004:20 s. 373 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

lovgivning. Dermed har alle internasjonale regler Norge er bundet av, rang mellom formell lov og Grunnloven på utlendingsrettens område, når disse reglene har til formål å styrke individets stilling.

EUs Rådsdirektiv 2001/55/EC om midlertidig beskyttelse i en masseflyktsituasjon av 20. juli 2001 drøftes i avhandlingen. EU-reglene på utlendingsfeltet har betydning for den norske utlendingsretten, til tross for at flesteparten av dem ikke er juridisk bindende for oss. Rådsdirektiv 2001/55/EC har mange likhetstrekk med utl. § 34, og har derfor en viss relevans for tolkningen av denne. Direktivet er ikke bindende for Norge og faller dermed utenfor utl. § 3.

De relevante forarbeidene er NOU 2004:20 Ny utlendingslov, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) og Innst. O. nr. 42 (2007-2008) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). Forarbeidene er meget omfattende, men tar kun opp spørsmålet om miljøfordrevnes muligheter for å få oppholdstilaltelse i Norge i liten grad.

Under arbeidet med avhandlingen har jeg ikke funnet noen relevant norsk rettspraksis eller forvaltningspraksis. Sammenholdt med få uttalelser i forarbeidene og en foreløpig sparsommelig juridisk litteratur, er det tydelig at tematikken om miljøfordrevnes oppholdsrettigheter utenfor hjemlandets grenser fortsatt befinner seg i en tidlig utviklingsfase. Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD) har imidlertid tatt opp temaet i noen grad, og relevante rettsavgjørelser behandles nærmere.

1.4 Videre fremstilling

Avhandlingen tar for seg mulige oppholdsgrunnlag for miljøfordrevne som kommer til Norge. Kapittel 2 omhandler beskyttelse av personer som oppfyller kravene til flyktningsstatus i FK, såkalte ”konvensjonsflyktninger”. Disse utlendingene omfattes av utl. § 28 (1) a). Kapittel 2 omhandler beskyttelse av personer som etter norsk rett skal likestilles

med konvensjonsflyktningene, fordi de har rett til beskyttelse etter Norges videre internasjonale forpliktelser. Dette gjelder særlig rett til vern etter EMK. Disse utlendingene omfattes av utl. § 28 (1) b). Med ”beskyttelse” menes her rett til asyl, jf. utl. § 28 (2).

Kapittel 3 tar for seg miljøfordrevnes mulighet for opphold etter bestemmelsen om kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon. Denne bestemmelsen finner vi i utl. § 34.

Kapittel 4 tar for seg muligheten for opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn, jf. utl. § 38. Dette oppholdsgrunnlaget kalles populært for ”opphold på humanitært grunnlag”.

Kapitlene 2, 3 og 4 er altså drøftelser av ulike mulige oppholdsgrunnlag for miljøfordrevne som kommer til Norge. Disse kapitlene baserer seg på eksisterende norsk, europeisk og globalt lovverk, og de utgjør hoveddelen av avhandlingen.

Kapittel 5 er en oppsummering og vurdering av funnene i kapitlene 2, 3 og 4. Fokuset ligger her på den rettslige stillingen for miljøfordrevne som kommer til Norge i dag, samt på rettstilstanden for miljøfordrevne internasjonalt. Kapitlet går også inn på internasjonalt arbeid med utvikling av miljøfordrevnes rettigheter i et fremtidsperspektiv. Avslutningsvis kommer konklusjonene som kan trekkes ut av avhandlingen.

2 Oppholdstillatelse for utlendinger som trenger beskyttelse: Utlendingsloven § 28

2.1 Beskyttelse etter utlendingsloven § 28 (1) a), jf. §§ 29 og 30: Konvensjonsflyktninger

2.1.1 Internasjonalt grunnlag: Flyktningkonvensjonen

Bestemmelsen i utl. § 28 (1) a) har sitt grunnlag i FK art. 1A (2), som modifisert av protokollen av 31. januar 1967. Konvensjonen ble til for å avhjelpe flyktningproblemene i Europa etter andre verdenskrig, og så dagens lys i 1951. Konvensjonen definerer hvem som anerkjennes som flyktninger og hvilke rettigheter og plikter disse personene har. Protokollen av 1967 gjorde FK til et universelt dokument, idet den opphevet tidligere geografiske grenser og tidsgrenser for hvem som skulle anses som flyktninger etter konvensjonen. Derfor kan FK i dag påberopes av flyktninger over hele verden.

2.1.2 Bestemmelsens innhold: Kravet om forfølgelse

Utlendingsloven § 28 (1) a) er en norsk oversettelse av FK art. 1A (2), og lyder:

”En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse...”

For å bli anerkjent som flyktning etter utl. § 28 (1) a), oppstilles fem vilkår, populært kalt ”asylkriteriene”:

- Asylsøkeren må være i Norge eller på norsk grense.
- Vedkommende må ha en velbegrunnet frykt.
- Den velbegrunnede frykten må relatere seg til forfølgelse.

- Forfølgelsen må skyldes en av konvensjonsgrunnene etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning.
- Vedkommende må mangle beskyttelse mot forfølgelsen i hjemlandet.

To av kriteriene er spesielt relevante for avhandlingen; kravet om forfølgelse (kulepunkt 3) og grunnlaget for forfølgelse (kulepunkt 4). Vi skal se nærmere på disse kriterienes innhold i det følgende.

For det første må asylsøkeren ha en velbegrunnet frykt for å bli utsatt for forfølgelse. Kravet om en velbegrunnet frykt innebærer at søkeren må risikere forfølgelse ved en eventuell retur til hjemlandet. Frykten måles ut fra den objektive forfølgelsesrisikoen, slik at rent subjektiv frykt har liten relevans.¹⁵

Forfølgelsesvilkåret utdypes i utl. § 29, og gir uttrykk for en rettslig standard som skal kunne utvikle seg dynamisk over tid. Handlinger som utgjør forfølgelse må enten enkeltvis eller på grunn av gjentakelse utgjøre en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter, særlig slike rettigheter som er ikke-derogable etter EMK art. 15 nr. 2.¹⁶ Disse rettighetene er retten til liv (art. 2), med unntak av død som følge av lovlige krigshandlinger, retten til ikke å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling (art. 3), retten til ikke å bli utsatt for slaveri (art. 4 (1)) og retten til frihet fra straff uten lov (art. 7). Typiske former for forfølgelse er altså for eksempel drap eller tortur.

¹⁵ Kravet om velbegrunnet frykt utdypes ikke nærmere i avhandlingen, på grunn av begrenset relevans for temaet.

¹⁶ Jf. utl. § 29 (1) a).

Videre kan forfølgelse utgjøre flere forskjellige tiltak, inkludert menneskerettighetsbrudd, som til sammen er så alvorlige at de må anses som forfølgelse.¹⁷ Det er altså rom for å kumulere mindre alvorlige krenkelser, menneskerettighetsbrudd og diskriminering, slik at de til sammen når opp til standarden forfølgelse. UNHCR utdyper dette i sin håndbok av 1979:

”Forskjellsbehandling av ulike grupper eksisterer i større eller mindre grad i mange samfunn. Personer som mottar en mindre fordelaktig behandling som et resultat av slike forskjeller er ikke nødvendigvis offer for forfølgelse. Det er kun under visse omstendigheter at diskriminering vil utgjøre forfølgelse. Dette vil være tilfelle hvis diskriminerende tiltak fører til konsekvenser av vesentlig skadelig karakter for vedkommende person...”¹⁸

En rekke eksempler på hva forfølgelse kan gå ut på, er listet opp i utl. § 29 (2) a)-f). Listen er ikke uttømmende. Felles for de fleste av disse eksemplene er at de utgjør fysiske inngrep i den forfulgtes liv og rettigheter, enten ved forfølgernes faktiske handlinger eller unnlattelse av å handle. Utl. § 29 (3) a)-c), slår fast at forfølger kan være staten selv, organisasjoner eller grupperinger som kontrollerer statsapparatet, eller ikke-statlige aktører når staten, grupperinger som kontrollerer statsapparatet eller internasjonale organisasjoner er ute av stand eller uvillige til å treffe tiltak for å hindre forfølgelsen. For at forfølgelse skal kunne finne sted, må altså noen opptre som forfølger.

For det andre må forfølgelsen asylsøkeren risikerer å bli utsatt for, skyldes en av de nærmere angitte grunnene i utl. § 28 (1) a): Etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning. Det er altså ikke hvilke som helst grunner til forfølgelse som kvalifiserer til flyktningstatus etter utl. § 28 (1) a). Ved å avgrense forfølgelsen til utelukkende å rette seg mot disse spesielt nevnte

¹⁷ Jf. utl. § 29 (1) b).

¹⁸ UNHCR (1979, norsk oversettelse 2003) avsnitt 54.

gruppene, kommer det enda tydeligere frem at forfølgelsesbegrepet har et innebygget element av målrettede handlinger eller diskriminerende holdninger overfor den forfulgte.¹⁹

Forfølgelsesgrunnlagene er i utl. § 30 nærmere utdypet i form av legaldefinisjoner av hva som skal legges til grunn for vurderingen av om vilkåret er oppfylt. Utdypingen av grunnlagene er ikke ment å være uttømmende, og asylsøkerens faktiske kjennetegn likestilles med kjennetegn denne er tillagt av forfølgeren uten at de stemmer, jf utl. § 30 (2). Det betyr for eksempel at en uriktig tillagt politisk oppfatning likestilles med en reell politisk oppfatning i vurderingen av om asylsøkeren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på dette grunnlaget.

Når en person anerkjennes som flyktning, har vedkommende rett til å få asyl, jf. utl. § 28 (2). Dette innebærer i korte trekk at asylsøkeren har krav på å få en formell, midlertidig oppholdstillatelse, som danner grunnlag for en permanent oppholdstillatelse.²⁰

2.1.3 Anvendelse av utlendingsloven § 28 (1) a) på miljøfordrevne

Flyktningkonvensjonen art. 1A (2) og utl. § 28 (1) a) oppstiller, som vi har sett, strenge kvalifikasjonskrav for hvem som skal anses som flyktning med rett til beskyttelse i mottakslandet. For mennesker som tvinges til å forlate hjemlandet sitt utelukkende på grunn av klimaendringer og naturkatastrofer, oppstår et problem umiddelbart: Naturen kan ikke forfølge. Dette ligger implisitt i ordet ”forfølgelse”, fordi det forutsettes et diskriminerende element og normalt også en ond vilje bak handlingene som foretas eller unnlates. Når det ikke foreligger forfølgelse av miljøfordrevne, gir det heller ingen mening å vurdere om de faller inn under ett eller flere av forfølgelsesgrunnlagene. Ofre for tilfeldige og ikke-diskriminerende hendelser er ikke dekket av FKs definisjon av konvensjonsflyktninger, uansett hvor store lidelser hendelsene medfører. Dette bekrefter også UNHCR i sin håndbok:

¹⁹ Vevstad (red.) (2010) s. 178.

²⁰ Oppholdstillatelser reguleres i utl. kap. 7, og behandles ikke nærmere i denne avhandlingen.

”Uttrykket ’på grunn av en velgrunnet frykt for forfølgelse’ – av de grunner som er angitt i Konvensjonen – indikerer et bestemt motiv som automatisk gjør alle andre motiver for å flykte irrelevante i forhold til definisjonen. Det utelukker personer som er offer for hungersnød eller naturkatastrofer, med mindre de *også* har en velgrunnet frykt for forfølgelse med bakgrunn i en av de nevnte grunner.”²¹

Miljøfordrevne passer ikke godt inn i beskyttelsesregimet som FK oppstiller. Forarbeidene til FK slår riktignok fast at flyktningdefinisjonen var ment å favne vidt og dekke alle flyktninger som har et reelt behov for internasjonal beskyttelse.²² Likevel er noen viktige avgrensninger trukket opp og internasjonalt anerkjent. To av dem er relevante for avhandlingen: Personer som søker asyl på grunn av generell fattigdom eller nød faller utenfor FK, og det samme gjelder personer som har flyktet fra ulykker eller andre tilfeldige begivenheter.²³ I den første gruppen inngår mange ofre for gradvis utviklede naturkatastrofer og klimaendringer, som er i nød for eksempel på grunn av mat- eller vannmangel i områder som er hardt rammet av tørke og ørkenspredning. I den andre gruppen faller ofre for akutte naturkatastrofer, som for eksempel har opplevd at hjemstedet brått er blitt ubeboelig eller at livsgrunnlaget er blitt revet bort. Når det utelukkende er naturkatastrofer som har drevet folk på flukt, er det ganske enkelt ikke rom for å påberope seg FK art. 1A (2) eller utl. § 28 (1) a) for å få oppholdstillatelse i mottakslandet. Ikke alle mennesker som har et reelt behov for internasjonal beskyttelse og som man i dagligtalen ville kalt flyktninger, er dermed å regne som konvensjonsflyktninger etter FK. En australsk høyesterettsdom fra 1997 oppsummerer klart og tydelig: ”No matter how devastating may be epidemic, natural disaster or famine, a person fleeing them is not a refugee within the terms of the convention”.²⁴

²¹ UNHCR (1979, norsk utgave 2003) avsnitt 39.

²² Vevstad (red.) (2010) s. 175.

²³ *ibid.* s. 175-176.

²⁴ High Court of Australia 1997: A v. Minister for Immigration & Ethnic Affairs.
<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b7180.pdf> [Sist besøkt 2.11.2012].

Miljøfordrevne kan imidlertid tenkes å falle inn under flyktningdefinisjonen i utl. § 28 (1) a) og dermed ha krav på beskyttelse. I et slikt tilfelle er det ikke flukt fra en naturkatastrofe i seg selv som får asylsøknaden til å føre frem, men det faktum at søkeren oppfyller asylkriteriene. At vedkommende har et meget vanskelig liv i hjemlandet på grunn av for eksempel tørke eller flom, er ikke relevant alene. Resultatet oppnås utelukkende fordi det anses godtgjort at behandlingen den miljøfordrevne risikerer å bli utsatt for i hjemlandet av myndighetene eller andre, er tilstrekkelig grov til å karakteriseres som forfølgelse, og at forfølgelsen skyldes et av forfølgelsesgrunnlagene. Dette vil for eksempel være tilfelle hvis myndighetene i utlendingens hjemland nekter vedkommende humanitær hjelp i en situasjon hvor han risikerer å sulte i hjel som følge av tørke og matmangel, og dette gjøres mot ham og ikke andre borgere på grunn av hans etnisitet, religion, politiske oppfatning med videre.

Temaet kan illustreres ytterligere ved hjelp av noen flere eksempler. Dersom visse områder i en stat er spesielt utsatt for naturkatastrofer og det ikke er tilrådelig at mennesker bor der, kan man tenke seg forfølgelse i lovens forstand dersom en religiøs minoritetsgruppe blir tvunget til å bo der, hindret fra å flytte eller ikke mottar nødvendig hjelp. Det samme kan man tenke seg dersom medlemmer av en etnisk minoritetsgruppe ikke får humanitær bistand som medisinsk hjelp, mat og alternative steder å bo i en katastrofesituasjon, dersom den øvrige rammede befolkningen mottar slik hjelp. UNHCR gir noen lignende eksempler i sitt skriv fra 2009 om mennesker på flukt fra naturkatastrofer:

”There may...be situations where the victims of natural disasters flee from their homeland because their Government has consciously withheld or obstructed assistance in order to punish or marginalize them on one of the five grounds set out in the refugee definition. In such scenarios, the persons concerned could legitimately be refugees in the traditional sense of the term.”²⁵

²⁵ UNHCR (2009) s. 7.

Avhengig av grovheten på myndighetenes eller andre aktørers handlinger eller mangel på sådanne, kan man se forfølgelse av ulik karakter i alle eksemplene over. Brudd på både EMK art. 2 om retten til liv og art. 3 om retten til ikke å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, i tillegg til brudd på andre menneskerettigheter som kan kumuleres i vurderingen av om det foreligger forfølgelse, er noen mulige eksempler.

En annen måte miljøfordrevne kan komme inn under flyktningdefinisjonen og få rett til beskyttelse etter utl. § 28 (1) a) på, er i situasjoner hvor en kombinasjon av konflikt og naturkatastrofer har drevet dem på flukt. Også her vil det være vurderingen av om utlendingen risikerer forfølgelse etter FK art. 1A (2) ved retur som blir avgjørende ved vurderingen av om retten til beskyttelse etter utl. § 28 (1) a) foreligger. Selve naturkatastrofen har kun indirekte relevans. Det er heller ikke tilstrekkelig å kunne vise til en generelt voldelig situasjon i hjemlandet, så fremt volden er ikke-diskriminerende.

En konflikt og en naturkatastrofe kan oppstå uavhengig av hverandre, slik at naturkatastrofen hovedsakelig bidrar til å forverre den humanitære situasjonen ytterligere for dem som allerede er rammet av konflikten. Iblant blir naturkatastrofer i et konfliktrammet område også utnyttet av partene i konflikten. Eksempler kan være å hindre krisehjelp i å komme frem til hardt rammede områder, eller å bruke løfter om krisehjelp for å verve nye medlemmer til militante grupperinger. Ofre for de stridende parter strategiske spill kan være flyktninger etter FKs definisjon, dersom de rammes nettopp fordi de tilhører en etnisk minoritet, politisk opposisjon eller lignende. Det samme gjelder hvis enkelte ofre for en naturkatastrofe ikke mottar samme krisehjelp som andre på grunn av et av forfølgelsesgrunnlagene.

Konflikter kan videre oppstå på grunn av naturkatastrofer og kamp om knappe ressurser. UNHCR peker på krisen i Darfur i Sudan som et eksempel; kamp om energikilder,

fruktbart jordbruksland og rent vann er blant faktorene som driver konflikten videre.²⁶ Også når årsaken til konflikt ligger i manglende naturressurser må asylkriteriene være oppfylt, dersom utlendingen skal ha rett til beskyttelse etter utl. § 28 (1) a). Det er ikke vanskelig å tenke seg et slikt scenario. Myndighetene eller en militær gruppering i et land kan for eksempel ta kontroll over knappe vannressurser og fruktbare jordstykker i et tørkerammet område. Dersom de nekter en religiøs minoritet tilgang til disse livsviktige ressursene som ledd i et systematisk forsøk på grov diskriminering eller til og med som ledd i et folkemord, vil dette være forfølgelse som gir krav på beskyttelse etter utl. § 28 (1) a).

Sett under ett er det ikke rom for å gi flyktningstatus etter utl. § 28 (1) a) til personer som har flyktet fra hjemlandet utelukkende på grunn av naturkatastrofer. Grunnen er at det ikke foreligger noen velbegrunnet frykt for forfølgelse på et av bestemmelsens nærmere angitte grunnlag. Det er imidlertid mulig for miljøfordrevne å oppnå beskyttelse på en indirekte måte, hvis de også fyller asylkriteriene. Konklusjonen etter å ha drøftet utl. § 28 (1) a) er altså at den norske bestemmelsen og FK art. 1A (2) ikke gir grunnlag for en selvstendig rett til beskyttelse for miljøfordrevne.

2.2 Beskyttelse etter utlendingslovens § 28 (1) b): Det utvidede flyktningbegrep

2.2.1 Internasjonalt grunnlag: Det folkerettslige forbudet mot refoulement

Norge har folkerettslige forpliktelser overfor utlendinger i tillegg til forpliktelsene etter FK. Prinsippet om non refoulement er traktatfestet i FK art. 33 og er i dag å anse som alminnelig folkerett. Prinsippet innebærer at ingen skal returneres til et land hvor vedkommendes liv eller frihet vil være truet. Bestemmelsen i utl. § 28 (1) b) springer ut av det folkerettslige returforbudet, som i videre eller snevrere form innfortolkes i bestemmelser i en rekke traktater Norge er bundet av.

²⁶ UNHCR (2009) s. 6 og Boano [et al.] (2008) s. 22-23.

Det er ifølge forarbeidene uklart hvor langt non refoulement-prinsippet rekker i den alminnelige folkeretten.²⁷ Lovgiver har imidlertid valgt å gi flyktningstatus etter utl. § 28 (1) b) til personer som har rett til vern mot retur etter Norges folkerettslige forpliktelser, særlig EMK art. 2 og 3. EMD uttalte allerede i Soering v. United Kingdom fra 1989 at EMK art. 3 inneholder et implisitt forbud mot refoulement:²⁸

”...the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3...and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country.”

Når et internasjonalt rettsgrunnlag Norge er bundet av vil gi en asylsøker rett til beskyttelse, skal i utgangspunktet²⁹ den norske bestemmelsen også gjøre det i like stor utstrekning.³⁰

2.2.2 Bestemmelsens innhold: Reell fare for å bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling ved retur til hjemlandet

Utlendingsloven § 28 (1) b) lyder:

”En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen uten å falle inn under bokstav a likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling...ved tilbakevending til hjemlandet”.

Til tross for at regelen er en rettslig standard med røtter i folkeretten, er utl. § 28 (1) b) en nyskaping i norsk rett. Bestemmelsen kom nemlig først inn i utlendingsloven i 2008.

²⁷ NOU 2004:20 s. 134.

²⁸ Dommens avsnitt 91.

²⁹ Enkelte personer som beskyttes av EMK art. 3 kan falle utenfor utl. § 28 (1) b) på grunn av eksklusjon, jf. utl. § 31. Dette omtales ikke nærmere her, grunnet liten relevans for avhandlingens tema.

³⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 72-74 og Innst. O. nr. 42 (2007-2008) s. 18.

Mange av asylsøkerne som tidligere fikk opphold på humanitært grunnlag vil i dag falle inn under den nye bestemmelsen. Lovgiver ønsket blant annet å synliggjøre hvem som får oppholdstillatelse på grunn av Norges internasjonale forpliktelser, idet gruppen tidligere ble satt i samme bås som dem som kun fikk oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn.³¹ I kraft av den nye bestemmelsen i utl. § 28 (1) b) anerkjennes nå mennesker som faller inn under denne som flyktninger på lik linje med og med samme rettigheter som konvensjonsflyktningene etter utl. § 28 (1) a). I EU klassifiseres for eksempel tilsvarende asylsøkere i en subsidiær beskyttelseskategori. Dermed er flyktningbegrepet i Norge utvidet i forhold til det opprinnelige flyktningbegrepet i FK. Norge har også et videre flyktningbegrep enn andre europeiske land.

Bestemmelsen sier i korte trekk at utlendinger som står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen behandling som ligger innenfor nedre del av torturbegrepet, har rett til beskyttelse. Det nærmere generelle innholdet i begrepene ”dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling” finner en ved å se hen til EMDs eller andre internasjonale håndhevingsorganers praksis.³²

Det oppstilles ikke noe tilsvarende krav i utl. § 28 (1) b) som forfølgelsesgrunnlagene i utl. § 28 (1) a). Det er altså irrelevant hva som er bakgrunnen for at utlendingen risikerer den ovennevnte behandlingen ved retur til hjemlandet. Dette betyr at også ikke-diskriminerende handlinger vil være omfattet av bestemmelsen. For eksempel kan mennesker på flukt fra krig omfattes av bestemmelsen til tross for at de ikke er mer utsatt enn andre i landet for å bli rammet av tilfeldig vold eller krigshandlinger. Vilkåret for å få rett til beskyttelse er kun at det foreligger en reell fare for den type overgrep som nevnes i bestemmelsen. Dette tolkes på en glideskala. Det betyr at jo mer alvorlig overgrep det er snakk om, desto lavere krav stilles til risikoen for at faren manifesterer seg.

³¹ Innst. O. nr. 42 (2007-2008) s. 18.

³² Det vil ikke bli redegjort nærmere for begrepens innhold, da en grundig behandling av disse er mindre relevant for avhandlingen.

2.2.3 Anvendelse av utlendingsloven § 28 (1) b) på miljøfordrevne

På samme måte som drøftet under punkt 2.1.3, er det en mulighet for å anvende utl. § 28 (1) b) på miljøfordrevne. De typiske eksemplene er at utlendingen har flyktet fra en kombinasjon av ikke-diskriminerende konflikt og naturkatastrofer eller at kamp om knappe ressurser har ledet til konflikt, som igjen gjør utlendingen til et potensielt offer for ikke-diskriminerende handlinger i strid med utl. § 28 (1) b). Nok en gang ser vi at beskyttelse i slike situasjoner baserer seg på den reelle risikoen for relevante rettighetskrenkelser, og ikke oppnås på grunn av naturkatastrofen i seg selv.

Et mer interessant spørsmål er om utl. § 28 (1) b) kan gi miljøfordrevne rett til beskyttelse utelukkende i kraft av å være ofre for naturkatastrofer. EMD har i flere dommer behandlet spørsmålet om hvorvidt selve returen til hjemlandet av personer som kan påberope seg spesielt krevende og lidelsesfulle omstendigheter, vil kunne stride mot EMK art. 3s forbud mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Domstolen har kommet til at slike forhold kan være tilstrekkelige til å konstatere menneskerettsbrudd i ekstraordinære situasjoner.³³ Bestemmelsen i utl. § 28 (1) b) er imidlertid avgrenset mot nettopp denne type situasjoner, til tross for at EMK art. 3 kommer til anvendelse. Dette fremgår av forarbeidene:

”Bestemmelsen retter seg...kun mot de tilfeller hvor utlendingen risikerer å bli utsatt for overgrepshandlinger i returlandet, og regulerer ikke de situasjoner hvor det er andre ekstraordinære forhold som gjør at utsendelsen i seg selv utgjør umenneskelig behandling...I den sistnevnte typen situasjoner vil utlendingen måtte gis opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn i lovutkastet §38.”³⁴ (Min utheving).

Uttalelsen er ikke nærmere begrunnet. Selv om det i utgangspunktet kunne vært av interesse å se nærmere på en miljøfordrevet persons rett til beskyttelse etter utl. § 28 (1) b)

³³ Jf. blant annet EMD: D. v. United Kingdom, N. v. United Kingdom og Sufi and Elmi v. United Kingdom.

³⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

når retur til hjemlandet i seg selv utgjør en krenkelse av EMK art. 3, er avgrensningen klar; spørsmålet skal vurderes etter utl. § 38. Derfor er det naturlig å gå nærmere inn på den relevante EMD-praksisen i avhandlingens kapittel 4 om utl. § 38.³⁵

Sitatet fra forarbeidene viser at det oppstilles et implisitt vilkår i utl. § 28 (1) b); det er kun når det foreligger en tilstrekkelig risiko for positive rettighetskrenkelser ved retur at bestemmelsen kommer til anvendelse.

Norge gir samme status og rettigheter til utlendinger som faller inn under utl. § 28 (1) b) som til konvensjonsflyktingene etter utl. § 28 (1) a). Dermed utvides flyktingbegrepet i forhold til den internasjonale forpliktelsen vi har påtatt oss. En utlending som faller inn under Norges folkerettslige forpliktelser utover FK art. 1A (2), har riktignok krav på ikke å bli sendt tilbake til et land hvor vedkommendes liv eller frihet vil være truet, jf. prinsippet om non refoulement. Det at en utlending er vernet mot refoulement, betyr imidlertid ikke at han har krav på flyktingstatus og asyl. Når Norge har valgt å gi ofre for positive krenkelser som nevnt i utl. § 28 (1) b) samme rettigheter som etter utl. § 28 (1) a), går vi lenger enn hva som er påkrevd og overoppfyller dermed våre internasjonale forpliktelser. Myndighetene må derfor være berettiget til å avgrense kategorien som faller inn under bestemmelsen på ikke-diskriminerende måte. Såfremt to grupper asylsøkere er ulike nok, er dette tilstrekkelig for å kunne gi dem ulike rettigheter i sine oppholdstillatelser. Miljøfordrevne skiller seg klart fra for eksempel krigsflyktinger, fordi de ikke kan vise til noen risiko for positive rettighetskrenkelser i hjemlandet når det utelukkende er naturen som skaper risikoen de er utsatt for. Det oppstår altså et lignende problem som det vi drøftet i forhold til utl. § 28 (1) a), hvor vi så at mangel på en fysisk forfølger gjorde det umulig for den miljøfordrevne å kreve beskyttelse som konvensjonsflykting.

³⁵ Se avhandlingens avsnitt 4.3.

For å oppsummere, ser vi at til tross for at det kunne vært en åpning for å benytte utl. § 28 (1) b) på miljøfordrevne utfra EMDs praksis, er det eksplisitt avgrenset mot denne gruppen i forarbeidene til utlendingsloven. Konklusjonen etter å ha drøftet utl. § 28 (1) b) er dermed at heller ikke denne bestemmelsen gir grunnlag for en selvstendig rett til beskyttelse for miljøfordrevne.

3 Kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon: Utlendingsloven § 34

3.1 Bestemmelsens grunnlag: Norge, likhetstrekk med EU-retten

Under krigene på Balkan på 1990-tallet kom store flyktningstrømmer til Norge, noe som gjorde det vanskelig for utlendingsmyndighetene å følge ordinære saksbehandlingsprosedyrer. En ny lov³⁶ ble i 1995 vedtatt for å avhjelpe problemet, og i 1997 fikk den daværende utlendingsloven av 1988³⁷ en ny § 8a om kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon. Denne gjaldt generelt i en massefluktsituasjon og ikke bare for situasjonen på Balkan. Bestemmelsen er kun blitt brukt én gang, overfor flyktninger fra Kosovo i 1999.³⁸

Bestemmelsen om kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon er videreført i dagens utl. § 34. Den norske bestemmelsen er i hovedtrekk den samme som EUs rådsdirektiv 2001/55/EC om midlertidig beskyttelse i en massefluktsituasjon.

3.2 Bestemmelsens innhold: Midlertidig oppholdstillatelse etter en prima facie-vurdering

Relevante deler av utlendingsloven § 34 lyder:

”Dersom det foreligger en massefluktsituasjon, kan Kongen i statsråd beslutte at det kan gis kollektiv beskyttelse etter denne paragrafen...

En utlending som omfattes av massefluktsituasjonen som nevnt i første ledd, og som kommer til riket eller er her når denne paragrafen får anvendelse, kan etter søknad få

³⁶ Midlertidig lov om arbeidsløye eller oppholdsløye til personar frå Bosnia-Hercegovina av 30. juni 1995 nr. 48 (opphøvet).

³⁷ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64 (opphøvet).

³⁸ Vevstad (red.) (2010) s. 290.

en midlertidig oppholdstillatelse på grunnlag av en gruppevurdering (kollektiv beskyttelse)...”³⁹

Utl. § 34 (1) oppstiller den spesielle prosedyren som skal benyttes i en massefluktsituasjon, nemlig at Kongen i statsråd beslutter når rett til kollektiv beskyttelse skal innføres og opphøre. Bestemmelsen sier at kollektiv beskyttelse ”kan” besluttes i en massefluktsituasjon. Slik beskyttelse er altså ikke noe en asylsøker har krav på.⁴⁰ I begrepet ”masseflukt” ligger det at et stort antall personer kommer til landet i løpet av relativt kort tid,⁴¹ slik at situasjonen blir kaotisk og de ordinære prosedyrene ikke klarer å behandle alle asylsøknadene. Vurderingen av om det foreligger en massefluktsituasjon skal avgjøres i samråd med andre berørte mottaksland og UNHCR, og det samme gjelder vurderingen av om situasjonen på et senere tidspunkt kan anses for å være opphørt.⁴²

Innholdet i oppholdstillatelsen som gis i en massefluktsituasjon følger av utl. § 34 (2), som sier at det skal gis en midlertidig oppholdstillatelse på grunnlag av en gruppevurdering. Dette innebærer at det ikke foretas en individuell vurdering av alle søkerne. Man antar isteden at alle gruppemedlemmene oppfyller kravene for å få midlertidig beskyttelse. Dette kalles en *prima facie*-vurdering. Den midlertidige oppholdstillatelsen gjelder først i ett år og gir i utgangspunktet ikke grunnlag for en permanent oppholdstillatelse. Loven beskriver hvordan en utlending som er i landet på en midlertidig oppholdstillatelse over lengre tid likevel kan få rett til en permanent tillatelse.⁴³

³⁹ Utl. § 34 (1) første setning og (2) første setning sitert, (1) andre setning, (2) andre til femte setning, (3), (4) og (5) utelatt.

⁴⁰ NOU 2004:20 s. 163.

⁴¹ *ibid.* s. 164.

⁴² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 118.

⁴³ Jf. utl. § 34 (2) andre til femte setning.

3.3 Anvendelse av utlendingsloven § 34 på miljøfordrevne

Ved en akutt naturkatastrofe som for eksempel en flom eller et jordskjelv, vil store folkemengder kunne bli tvunget på flukt. Spørsmålet er om flukt fra natur- og klimarelaterte hendelser kan være et av scenariene utl. § 34 er ment å kunne avhjelpe.

Lovteksten selv sier ikke noe nærmere om hvilke grupper som skal kunne få kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon. Utl. § 34 står imidlertid i lovens kapittel 4 om beskyttelse, og ordet ”beskyttelse” er også brukt en rekke ganger i lovteksten. Det må derfor antas at begrepet skal forstås på samme måte som på de øvrige steder i loven. Dermed er muligheten for å få rett til kollektiv beskyttelse trolig reservert for situasjoner hvor det er grunn til å tro at flesteparten av gruppemedlemmene er å regne som konvensjonsflyktninger etter utl. § 28 (1) a) og FK art. 1A (2) eller som flyktninger etter det utvidede flyktningbegrep i utl. § 28 (1) b).⁴⁴ Da forarbeidene til utl. § 28 (1) b) dessuten eksplisitt avgrenser denne bestemmelsens virkeområde mot miljøfordrevne og lignende grupper, er situasjonen trolig den samme også ved vurderingen etter utl. § 34.

På den andre siden har utl. § 34 hovedsakelig det samme innholdet som EU-direktivet om midlertidig beskyttelse. Direktivet ”gjelder både flyktninger som vil kunne omfattes av flyktningkonvensjonen, og andre beskyttelsestrengende”.⁴⁵ Direktivet oppstiller en ikke-uttømmende liste i art. 2 (c) som angir hvem som kan få midlertidig beskyttelse. Forhandlingene om direktivet viser at den finske delegasjonen ønsket at miljøfordrevne skulle inkluderes i listen i art. 2 (c), men andre stater ”pointed out that such situations were not mentioned in any international legal document on refugees”.⁴⁶

⁴⁴ Vevstad (red.) (2010) s. 290.

⁴⁵ NOU 2004:20 s. 163.

⁴⁶ Council of the European Union (2001) s. 4.

Kolmannskog og Myrstad peker på at det i prinsippet ikke er noen vilkår i direktivet som står i veien for at et kvalifisert flertall av rådsmedlemmene kan komme til at miljøfordrevne på grunn av en akutt naturkatastrofe har et beskyttelsesbehov som kan aktivisere kollektiv beskyttelse.⁴⁷ Blant annet er ikke begrepet ”mass influx” definert.

En annen sak er at det med dagens flyktningpolitiske klima er svært lite sannsynlig at det vil være mulig å oppnå enighet om å inkludere denne nye, store gruppen som rettssubjekter i det allerede eksisterende lovverket. Dette skyldes særlig det faktum at miljøfordrevne ble foreslått spesielt i arbeidet med direktivet, men at forslaget ble forkastet i den endelige utgaven. Direktivet om midlertidig beskyttelse i en massefluktsituasjon er heller ikke bindende for Norge etter utl. § 3. Derfor er det i alle tilfeller tvilsomt om en eventuell motstrid mellom utl. § 34 og EU-regelen ville kunne medført at den norske bestemmelsen ville bli tolket i tråd med direktivet dersom direktivets virkeområde skulle vise seg å rekke lenger enn virkeområdet til utl. § 34.

Som påpekt både under drøftelsene av utl. § 28 (1) a) og b), kan miljøfordrevne også ved vurderingen av utl. § 34 tenkes å inngå i en gruppe som kan få innvilget kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon. De må i tilfelle oppfylle vilkårene i utl. § 28 (1) a) eller b) i tillegg til å være fordrevet på grunn av en naturkatastrofe. Naturkatastrofen har, som vi også har sett tidligere i avhandlingen, ikke selvstendig vekt ved vurderingen av om vilkårene er oppfylt.

For å oppsummere, ser vi at når mennesker drives på flukt utelukkende på grunn av en akutt naturkatastrofe, er det lite trolig at argumenter for å innvilge kollektiv beskyttelse etter utl. § 34 vil holde. Konklusjonen etter å ha drøftet utl. § 34 er dermed at heller ikke denne bestemmelsen ser ut til å kunne gi grunnlag for en selvstendig mulighet til beskyttelse for miljøfordrevne i en massefluktsituasjon.

⁴⁷ Kolmannskog og Myrstad (2009).

4 Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn: Utlendingsloven § 38

4.1 Bestemmelsens grunnlag: Norge

Bestemmelsen i utl. § 38 om oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn har nasjonalt utspring. En slik oppholdstillatelse er i utgangspunktet et privilegium Norge velger å tilby i kraft av sin nasjonale suverenitet; et tillegg til det vi er forpliktet til å tilby ut fra våre internasjonale forpliktelser. Oppholdsgrunnlaget kalles populært ”opphold på humanitært grunnlag”. Bestemmelsen kan anses som en slags sikkerhetsventil. Den kan anvendes for å forhindre sterkt urimelige hjemsendelser av enkeltpersoner som har et spesielt behov for å få bli i Norge, til tross for at de ikke oppfyller lovens øvrige kriterier for å få opphold.⁴⁸

Utl. § 38 ligger likevel ikke helt utenfor Norges folkerettslige forpliktelser. Vi har allerede sett at lovgiver forutsetter at det er utl. § 28 (1) b) som kommer til anvendelse når det er en risiko for positive rettighetskrenkelser ved retur av en utlending til hjemlandet. Lovgiver uttaler imidlertid videre:

”Det kan...forekomme situasjoner hvor det vil være folkerettsstridig å pålegge retur fordi utsendelsen i seg selv må karakteriseres som umenneskelig behandling, uten at det er overgrepshandlinger i hjemlandet som utgjør den umenneskelige behandlingen...I denne type tilfeller er det departementets lovforslag §38 som eventuelt er den aktuelle bestemmelsen for å innvilge oppholdstillatelse.”⁴⁹ (Min utheving).

Dersom retur av en person vil være i strid med internasjonale menneskerettigheter fordi utsendelsen i seg selv er å anse som umenneskelig behandling, til tross for at det ikke har

⁴⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420.

⁴⁹ ibid. s. 146.

funnet sted faktiske overgrep i hjemlandet, skal altså oppholdstillatelse innvilges etter utl. § 38. I en slik situasjon må oppholdstillatelse gis for at Norge ikke skal gjøre seg skyldig i et menneskerettighetsbrudd. Det vil ikke være rom for å benytte skjønn fra utlendingsmyndighetenes side.

Utl. § 38 omfatter altså to ulike kategorier utlendinger; de som faller inn under Norges folkerettslige forpliktelser og *skal* gis oppholdstillatelse, og de som faller utenfor disse forpliktelsene og *kan* gis oppholdstillatelse etter en nærmere vurdering. Vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis til personer i den siste kategorien, beror som vi skal se i det følgende på en meget skjønnsmessig avveining mellom ulike tungtveiende hensyn.

4.2 Bestemmelsens innhold: Sterke menneskelige hensyn veies opp mot innvandringsregulerende hensyn

4.2.1 Generelt om vurderingen etter utlendingsloven § 38

Det følger av utl. § 28 (7) at vedtaksmyndighet som gir avslag på søknad om oppholdstillatelse etter denne bestemmelsen, alltid skal vurdere om det bør gis opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 38. Videre følger det av utlendingsforskriften at hver enkelt utlending skal vurderes individuelt etter utl. § 38, jf. uf. § 8-1 første setning. Det avgjørende for vurderingen som skal foretas er søkerens forutsetninger for å returnere til hjemlandet, jf. andre setning. Relevante deler av utlendingsloven § 38 lyder:

”Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn...

For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om...

c) det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse...

Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder

a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på lignende grunnlag,

b) de samfunnsmessige konsekvensene,

c) hensynet til kontroll...”⁵⁰

Bestemmelsen i utl. § 38 gir ikke uttrykk for et rettskrav på opphold for søkeren, jf. ordlyden i (1) som sier at slik tillatelse ”kan” gis. Selv om det foreligger sterke menneskelige hensyn i den enkelte sak, kan utlendingsmyndighetene altså avslå søknaden dersom de finner at innvandringsregulerende hensyn veier tyngre.

Bestemmelsen legger opp til en sterkt skjønnsmessig og sammensatt helhetsvurdering,⁵¹ hvor hensynet til søkerens individuelle situasjon veies opp mot hensynet til en kontrollert innvandring. Det fremgår av forarbeidene at ”målet må være at Norge skal føre en human, solidarisk og rettssikker innvandrings- og flyktningpolitikk”⁵² og at det herunder er ”viktig at det tas særlig hensyn til grupper som er spesielt sårbare i en flyktningrelatert sammenheng...”⁵³ Det skal likevel ikke gis oppholdstillatelse til vesentlig flere søkere enn man ville gjort uten utl. § 38, og Norges praksis skal ikke være spesielt mild i forhold til praksisen i andre europeiske land.⁵⁴

Som vi har sett, stiller saken seg annerledes dersom utlendingsmyndighetene kommer til at retur vil være i strid med Norges internasjonale forpliktelser etter for eksempel EMK art. 3. Da får asylsøkeren et rettskrav på opphold, og myndighetene kan ikke legge vekt på innvandringsregulerende hensyn og avslå søknaden.

⁵⁰ Utl. § 38 (1) første alternativ, (2) c), (4) a), b) og c) sitert, (1) andre alternativ, (2) a), b) og d), (3), (4) d), (5) og (6) utelatt.

⁵¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420.

⁵² *ibid.* s. 152.

⁵³ *l.c.*

⁵⁴ *l.c.*

4.2.2 Utlendingsloven § 38 (2) c): Retur utilrådelig på grunn av sosiale eller humanitære forhold

For å kunne avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn i en sak, skal det foretas en totalvurdering. Det kan blant annet legges vekt på nærmere opplistede forhold i utl. § 38 (2) a)-d). For denne avhandlingens vedkommende er alternativ c) mest aktuelt, nemlig at sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse.

Ifølge fast og etablert forvaltningspraksis kan en rekke forhold som i seg selv ikke er tilstrekkelige til å utgjøre sterke menneskelige hensyn kumuleres, og samlet sett gi grunnlag for å innvilge en oppholdstillatelse etter utl. § 38.⁵⁵ Relevante hensyn kan være alt fra individuelle forhold ved søkeren, dennes situasjon i Norge, retursituasjonen i hjemlandet og andre forhold som kommer frem i den enkelte saken.⁵⁶ Sakene er ofte sammensatte, slik at mange oppholdstillatelser innvilges etter en helhetsvurdering av humanitære og sikkerhetsmessige hensyn.⁵⁷ Listen i utl. § 38 (2) er altså ikke en uttømmende angivelse av relevante momenter for vurderingen av om oppholdstillatelse bør gis.

Utl. § 38 (2) c) henviser til en vurdering av utlendingens situasjon ved retur til hjemlandet. At levestandarden for søkeren er bedre i Norge, er ikke avgjørende; det er snarere et spørsmål om returen vil være utilrådelig på grunn av utlendingens individuelle forhold og den humanitære situasjonen i hjemlandet.⁵⁸ For sårbare personer kan sosio-økonomiske forhold ha stor betydning, og det må blant annet vurderes hva slags familieforhold, sosiale nettverk og offentlige støtteordninger som kan hjelpe disse personene ved en eventuell

⁵⁵ Ot.prp. nr. 74 (2006-2007) s. 420.

⁵⁶ Vevstad (red.) (2010) s. 307.

⁵⁷ NOU 2004:20 s. 265.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 157 og 420.

reetablering i hjemlandet.⁵⁹ Typiske sårbare persongrupper kan være barn, enslige kvinner, gamle eller alvorlig syke. Barnets beste skal dessuten alltid tillegges vekt som et grunnleggende hensyn, slik at terskelen er lavere for å gi oppholdstillatelse til barn enn til andre søkere, jf. utl. § 38 (3) og Norges folkerettslige forpliktelse gjennom Barnekonvensjonen (BK) art. 3 nr. 1.

4.2.3 Utlendingsloven § 38 (4) a), b) og c): Innvandringsregulerende hensyn i form av konsekvenser for søknadsomfang på lignende grunnlag, samfunnsmessige konsekvenser og myndighetenes kontrollmuligheter

Innvandringsregulerende hensyn er motvekten til sterke menneskelige hensyn, og betydningen av disse skal vurderes i den enkelte sak. Jo sterkere menneskelige hensyn som ligger i den ene vektskålen, desto mer tungtveiende må de innvandringsregulerende hensyn i den andre vektskålen være for å kunne gi grunnlag for å nekte utlendingen opphold i Norge.

Mange ulike betraktninger ligger bak begrepet ”innvandringsregulerende hensyn”, men det sentrale er å sikre at innvandringen til Norge holder seg kontrollert og begrenset.⁶⁰ Det ”kan” legges vekt på slike hensyn, og i utl. § 38 (4) a)-d) oppstilles en liste over de ulike hensyn som kan legges til grunn. De innvandringsregulerende hensyn som nevnes i bestemmelsens a)-c) er mest relevante for avhandlingen.

Utl. § 38 (4) a) om mulige konsekvenser for omfanget av søknader på lignende grunnlag, er et sentralt hensyn. Det er ikke mulig å gi opphold til alle mennesker i nød, og utlendingsforvaltningen, som Norges forvaltning for øvrig, opererer med et ikke-diskriminerings- eller likebehandlingsprinsipp. Muligheten for et stort antall søknader på lignende grunnlag gjør altså at en må heve blikket fra den konkrete saken og vurdere både risikoen for å måtte innvilge nåværende og fremtidige søknader dersom man gir

⁵⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 157.

⁶⁰ Vevstad (red.) (2010) s. 321.

oppholdstillatelse i den enkelte saken. Innvandringsregulerende hensyn taler i så fall mot at den konkrete søknaden innvilges.

Utl. § 38 (4) b) om de samfunnsmessige konsekvensene er relevant fordi det må vurderes hva slags samfunnsmessige utfordringer som er knyttet til ulike innvandringsgrunnlag. Dersom en gruppe personer for eksempel har et omfattende behov for helsehjelp, uttales det i forarbeidene at det må legges vekt på at Norge ikke kan tilby behandling til alle som kan få et bedre tilbud her enn i hjemlandet.⁶¹

Utl. § 38 (4) c) om hensynet til kontroll dreier seg om myndighetenes muligheter for å kontrollere opplysningene en asylsøker gir i forbindelse med sin søknad. Begrunnelsen bak hensynet er bekymring for at saksbehandlingen vil bli for ressurskrevende.⁶² Vanskelig kontrollerbare forhold bør derfor normalt ikke tillegges vekt ved vurderingen etter utl. § 38, med mindre det gjelder personer som er spesielt sårbare.⁶³

4.3 Relevant praksis fra EMD

4.3.1 Innledning

Vi har til nå i kapittel 4 sett på utl. § 38s grunnlag og innhold. Som vi allerede har vært inne på, favner bestemmelsen over to ulike kategorier utlendinger; de som *skal* gis oppholdstillatelse på grunn av Norges folkerettslige forpliktelser, og de som faller utenfor disse forpliktelsene og *kan* gis oppholdstillatelse etter en skjønnsmessig helhetsvurdering. EMD har i sin rettspraksis om EMK art. 3 slått fast at det å returnere en utlending til hjemlandet i seg selv kan utgjøre umenneskelig behandling og dermed være i strid med bestemmelsen. Det fremgår, som vi har sett i forarbeidene til utlendingsloven, at slike saker faller inn under utl. § 38, i kategorien som *skal* gis oppholdstillatelse. Vi skal i det følgende

⁶¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154.

⁶² l.c.

⁶³ l.c.

se nærmere på utviklingen av EMDs rettspraksis på feltet og drøfte denne praksisens betydning for miljøfordrevne.

4.3.2 EMD D. v. United Kingdom, dom av 2.5.1997

Dommen omhandler en mann med langt fremskreden AIDS og hvorvidt han kunne sendes tilbake til hjemlandet St. Kitts etter å ha blitt utvist av britiske utlendingsmyndigheter. Han fikk diagnosen i Storbritannia, og det var på det rene at hans levekår og behandlingstilbud ville være meget dårlige i hjemlandet. På denne bakgrunn klagde han sin sak inn for EMD, og påsto at hjemsendelse ville utsette ham for umenneskelig og nedverdiggende behandling etter EMK art 3.

EMD vurderer først hvor langt en kan strekke virkeområdet for torturforbudet i EMK art. 3. Domstolen peker først på at EMK art. 3 i utgangspunktet beskytter mot retur til en risiko for positive rettighetskrenkelser, begått av myndighetene eller andre med intensjon om å begå overgrepene. I tillegg til disse åpenbare bruddene på EMK art. 3 uttaler EMD at man må kunne gi EMK art. 3 et mer fleksibelt virkeområde. Dette skyldes at forbudet mot tortur er en helt fundamental menneskerettighet, og en begrensning av virkeområdet vil undergrave bestemmelsens absolutte karakter. Domstolen uttaler seg videre i dommens avsnitt 49:

”It [domstolen] is not...prevented from scrutinising an applicant’s claim under Article 3...where the source of the risk of proscribed treatment in the receiving country stems from factors which cannot engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities of that country, or which, taken alone, do not in themselves infringe the standards of that Article...In any such contexts,...the Court must subject all the circumstances surrounding the case to a rigorous scrutiny, especially the applicant’s personal situation in the expelling State.”

EMD legger seg altså på en vid tolkning av EMK art. 3s rekkevidde. Domstolen anser nemlig den humanitære situasjonen i hjemlandet til klageren i seg selv for å kunne være tilstrekkelig til å dømme mottaksstaten for et menneskerettighetsbrudd ved tilbakesending. Denne vide forståelsen er likevel i tråd med EMDs uttalte mål for tolkningen av EMK, som

sier at konvensjonen skal være ”a living instrument which...must be interpreted in the light of present-day conditions.”⁶⁴

Domstolen vurderer deretter om tilbakesending til hjemlandet vil medføre en reell risiko for brudd på EMK art. 3 på bakgrunn av klagerens kritiske helsetilstand. EMD understreker at utlendinger som har vært fengslet og deretter blitt utvist, som den klare hovedregel ikke har noe krav på å få bli i mottakslandet for å motta medisinsk behandling og andre former for sosiale stønader og assistanse som er påbegynt under fengselsoppholdet. Domstolen går så inn i en inngående drøftelse av klagerens individuelle forhold i form av AIDS-behandlingen og båndene som er knyttet i Storbritannia, uvissheten ved retur og de mentale og fysiske lidelsene returen vil medføre for ham. EMD konkluderer i avsnitt 53 og 54:

”Although it cannot be said that the conditions which would confront him in the receiving country are themselves a breach of the standards of Article 3..., his removal would expose him to a real risk of dying under most distressing circumstances and would thus amount to inhuman treatment....However, in the *very exceptional circumstances* of this case and given the *compelling humanitarian considerations* at stake, it must be concluded that the implementation of the decision to remove the applicant would be a violation of Article 3...” (Min utheving).

EMD oppstiller altså en meget krevende test ved vurderingen av om en retur i seg selv kan sies å være i strid med EMK art. 3: Det må foreligge helt eksepsjonelle omstendigheter ved saken (”very exceptional circumstances”) og de humanitære grunnene for å unngå retur må være tvingende nødvendige (”compelling humanitarian considerations”). Generell nød og lidelse på det sosiale og økonomiske plan i hjemlandet er ikke tilstrekkelig for å kunne konstatere et menneskerettighetsbrudd, idet slike lidelser rammer svært mange som returneres til dårligere levkår enn standarden de har kunnet nyte godt av i mottaksstaten. Det er EMDs klare mening at løsningen fra D. v. United Kingdom skal brukes sjelden, men muligheten skal være til stede i form av en slags sikkerhetsventil i helt spesielle tilfeller.

⁶⁴ EMD Tyrer v. United Kingdom, avsnitt 31.

4.3.3 EMD N. v. United Kingdom, dom av 27.5.2008

Dommen omhandler en AIDS-syk kvinne fra Uganda og hvorvidt britiske utlendingsmyndigheter kunne sende henne til hjemlandet etter å ha avslått hennes asylsøknad. Hun ble innlagt på sykehus ved ankomst til Storbritannia, og den medisinske behandlingen gjorde henne vesentlig bedre. Da saken kom opp for EMD, påberopte hun seg samme grunnlag som i D. v. United Kingdom.

EMD går først gjennom sin praksis i tiden fra avsigelsen av D. v. United Kingdom og peker på at 11 år er gått uten at det er avsagt en dom med samme utfall. Domstolen oppsummerer så prinsippene⁶⁵ de har lagt til grunn for sin praksis. Utlendinger som utvises, kan ikke kreve å få bli i mottaksstaten for å motta medisinsk behandling, sosiale goder eller andre former for assistanse som staten kan tilby. Til tross for at en klagers livskvalitet, inkludert forventet levetid, vil bli vesentlig redusert ved tilbakesending til hjemlandet, er ikke dette i seg selv en tilstrekkelig begrunnelse for å konstatere at EMK art. 3 er brutt.

EMD peker på begrunnelsen for at D.-saken var et eksepsjonelt tilfelle. Domstolen utelukker ikke at andre saker kan være like eksepsjonelle, men understreker at den høye terskelen fra D.-saken bør opprettholdes. Begrunnelsen for dette er at i slike saker foreligger det ikke noen fremtidig fare for positive krenkelser av EMK art. 3 i hjemlandet, men kun manglende ressurser og evne til å hjelpe klageren gjennom sykdomsforløpet.

EMK inneholder riktignok mange rettigheter av sosial eller økonomisk natur, men konvensjonen skal hovedsakelig beskytte sivile og politiske rettigheter. Sosio-økonomiske ulikheter mellom statene er uunngåelige, men EMD ønsker fleksibilitet til å hindre utvisning i helt eksepsjonelle saker. EMK art. 3 forplikter ikke medlemslandene til å unngå ulikheter mellom verdens land ved å tilby alle tjenester gratis til alle utlendinger som

⁶⁵ Dommens avsnitt 42-45.

mangler rett til opphold i landet. Å innfortolke en slik forpliktelse i EMK art. 3 vil legge en for stor byrde på medlemslandene.

Domstolen går så over til subsumsjonen, hvor den finner at den ugandiske kvinnen ikke er i en tilsvarende situasjon som klageren i D. v. United Kingdom. På tidspunktet for EMDs vurdering er hun ikke kritisk syk, hun vil ha tilgang på medisiner på lik linje med andre i Uganda og hun har familie der. Forringet livskvalitet ved retur er ikke nok til å passere testen om at det må foreligge helt eksepsjonelle omstendigheter ved saken og at de humanitære grunnene for å unngå retur må være tvingende nødvendige, som lagt til grunn i D. v. United Kingdom. Konklusjonen er følgelig at hjemsendelse ikke vil være i strid med EMK art. 3, til tross for dissens fra tre dommere.

4.3.4 EMD M.S.S. v. Belgium and Greece, dom av 21.1.2011

Dommen omhandler en afghansk mann som kom til Belgia som asylsøker. Han ble sendt videre til Hellas uten at asylsøknaden var blitt realitetsbehandlet, idet Hellas var første asylland. I Hellas opplevde asylsøkeren blant annet vold fra myndighetspersoner, risiko for refoulement, internering under svært dårlige forhold og å bli boende på gaten i ekstrem fattigdom. Greske myndigheter ga ham heller ikke noen utsikt til bedring av situasjonen. Mannen klagde til EMD over blant annet de elendige levekårene og lidelsene han var blitt utsatt for i Hellas.

EMD vurderer en rekke påståtte rettighetsbrudd i saken, herunder om klagerens levestandard i Hellas utgjorde en krenkelse av EMK art. 3.⁶⁶ Statene kan ikke pålegges en forpliktelse til å sørge for bolig eller opprettholdelse av en viss levestandard for flyktninger innenfor sin jurisdiksjon. Domstolen ser derfor på spørsmålet om ekstrem materiell fattigdom kan falle inn under anvendelsesområdet for EMK art. 3, og kommer til at dette kan være tilfelle.

⁶⁶ Dommens avsnitt 235-264.

Domstolen kommer videre til at det må anses bevist at klageren var i en spesielt sårbar situasjon som asylsøker i Hellas. Han kunne ikke språket og levde i flere måneder i ekstrem fattigdom, ute av stand til selv å kunne ivareta grunnleggende behov som å skaffe seg mat, opprettholde en viss hygienisk standard og finne seg et sted å bo. I tillegg levde han under konstant frykt for å bli robbet og angrepet og han manglet enhver utsikt til forbedring av situasjonen. Disse forholdene blir av EMD ansett for å utgjøre respektløs behandling uten hensyn til klagerens verdighet, som førte til frykt og underlegenhet på grensen til desperasjon. EMK art. 3 var således brutt av både Belgia og Hellas. Belgia hadde brutt EMK art. 3 ved å sende asylsøkeren til Hellas til tross for kunnskap om de mangelfulle asylprosedyrene i landet. Hellas hadde brutt bestemmelsen fordi det var de som hadde stått for den nedverdiggende behandlingen.

Klageren i *M.S.S. v. Belgium and Greece* var fra Afghanistan og hadde et potensielt beskyttelsesbehov utfra opplysningene han hadde gitt belgiske og greske myndigheter ved sin ankomst. Derfor oppstiller EMD andre kriterier for å kunne konstatere brudd på EMK art. 3 enn dem vi finner i *D. v. United Kingdom*. Fordi mannen hadde et potensielt krav på beskyttelse, anser EMD det som tilstrekkelig for å konstatere en krenkelse av EMK art. 3 at han ikke mottok assistanse fra myndighetene da det var klart at han manglet evne til å få dekket sine mest grunnleggende behov, at fremtidsutsiktene hans var elendige og at han var mer sårbar enn normalt for dårlig behandling. Sett fra klagerens ståsted er dette en mindre krevende test enn den som legges til grunn i *D. v. United Kingdom*.

4.3.5 EMD *Sufi and Elmi v. United Kingdom*, dom av 28.6.2011

Dommen omhandler to somaliske menn som Storbritannia ønsket å sende tilbake til hjemlandet. Mennene påberopte seg blant annet EMK art. 3 som grunnlag for å få bli i Storbritannia.

EMD gjør en inngående vurdering av en rekke forhold ved retursituasjonen. Det viktigste for denne avhandlingens tema er EMDs uttalelser om hvilken test som skal legges til grunn

ved vurderingen av om EMK art. 3 vil brytes dersom mennene skulle bli sendt tilbake til hjemlandet. Av avsnitt 282 og 283 fremgår følgende:

”If the dire humanitarian conditions in Somalia were solely or even predominantly attributable to poverty or to the State’s lack of resources to deal with a naturally occurring phenomenon, such as a drought, the test in *N. v. the United Kingdom* may well have been considered to be the appropriate one. However, it is clear that while drought has contributed to the humanitarian crisis, that crisis is predominantly due to the direct and indirect actions of the parties to the conflict...Consequently, the Court does not consider the approach adopted in *N. v. the United Kingdom* to be appropriate in the circumstances of the present case. Rather, it prefers the approach adopted in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, which requires it to have regard to an applicant’s ability to cater for his most basic needs, such as food, hygiene and shelter, his vulnerability to ill-treatment and the prospect of his situation improving within a reasonable time-frame...”

Det er altså to ulike situasjoner EMD tar utgangspunkt i: På den ene siden kan det være en ren naturkatastrofesituasjon eller annen humanitær nødssituasjon i landet som klagerne vurderes tilbakesendt til. I slike situasjoner uttaler EMD klart at her er det den strenge testen fra *D. v. United Kingdom* og *N. v. United Kingdom* som skal benyttes ved vurderingen av om EMK art. 3 er brutt.

På den andre siden kan det være snakk om en kombinasjonssituasjon i landet som klagerne vurderes tilbakesendt til, ved at det har skjedd en naturkatastrofe i tillegg til at det er en konfliktsituasjon i landet. I et slikt tilfelle skal den mindre strenge testen fra *M.S.S. v. Belgium and Greece* benyttes ved vurdering av om EMK art. 3 er brutt.

4.3.6 EMD-dommenes betydning for miljøfordrevne

Alle mennesker nyter beskyttelse mot menneskerettighetskrenkelser etter internasjonale og regionale menneskerettighetsregimer. Dette gjelder uavhengig av om man befinner seg innenfor eller utenfor grensene til hjemlandet sitt. De internasjonale menneskerettighetene gir imidlertid ikke mennesker på flukt noe rettskrav på å få adgang til og opphold på en

fremmed stats territorium.⁶⁷ Dommene vi har sett på viser at utlendinger kan være vernet mot retur til hjemlandet i visse situasjoner. Siden statene ikke er forpliktet etter menneskerettighetene til å slippe miljøfordrevne eller andre utlendinger inn på sitt territorium, oppstår returvernet altså først når en utlending likevel har kommet seg inn i det fremmede landet. EMK art. 3 gir dermed ikke en miljøfordrevet person rett til å komme til mottakslandet i seg selv. I det følgende skal vi drøfte EMDs bruk av EMK art. 3 som grunnlag for vern mot retur til hjemlandet for miljøfordrevne som allerede befinner seg i mottakslandet.

Dommene *D. v. United Kingdom* og *N. v. United Kingdom* omhandler tvingende helsemessige forhold som grunnlag for at retur til hjemlandet i seg selv vil kunne være i strid med forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling etter EMK art. 3. EMDs uttalelser i disse dommene kan likevel være relevante for miljøfordrevne. Dette skyldes at domstolen viser at rene humanitære eller sosio-økonomiske forhold kan tas med i vurderingen av om EMK art. 3 er brutt. Etter at *Sufi and Elmi v. United Kingdom* ble avsagt, er det dessuten uttalt klart og tydelig av EMD at når spørsmålet om brudd på EMK art. 3 kommer opp i saker hvor begrunnelsen for rettighetsbruddet ligger i sosio-økonomiske lidelser som stammer fra naturkatastrofer og individuell sårbarhet, skal testen fra *D. v. United Kingdom* benyttes. Det er altså ikke bare risikoen for å bli offer for positive krenkelser av EMK art. 3 ved retur til hjemlandet som kan danne grunnlag for en rett til opphold i mottaksstaten.

Det er grunn til å anta at statene vil være mer positive til å gi midlertidige oppholdstillatelser til ofre for akutte naturkatastrofer enn å måtte finne mer permanente løsninger. Dette skyldes at permanente oppholdstillatelser medfører en vesentlig større byrde for statene. Det er typisk ofre for gradvis utviklede naturkatastrofer som risikerer å oppleve at hjemstedene deres blir varig ubeboelige på grunn av for eksempel tørke. Sufi

⁶⁷ IASC (2008) s. 2.

and Elmi-dommen viser imidlertid at også ofre for gradvis utviklede naturkatastrofer nyter menneskerettslig vern mot retur, til tross for at dette kan innebære at oppholdet i mottaksstaten vil bli permanent. Forbudet mot tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling i EMK art. 3 er nemlig absolutt. Dommen viser at det relevante for å nyte menneskerettslig vern ikke er om man ble tvunget på flukt eller reiste frivillig, men snarere om den gradvis utviklede katastrofen har nådd et kritisk punkt som gjør at de rammede ikke kan forventes å returnere nå.⁶⁸

Terskelen for å kunne konstatere et brudd på EMK art. 3 utfra humanitære og sosio-økonomiske forhold alene er meget høy. Per i dag har ingen saker nådd opp til den krevende standarden som ble satt i D. v. United Kingdom i 1997. D.-dommen har karakter av å være en sikkerhetsventil, men for særlig sårbare miljøfordrevne må det likevel antas å være en viss reell mulighet for å falle inn under EMK art. 3s beskyttelse mot retur. Det er neppe tilstrekkelig at den sosio-økonomiske situasjonen i hjemlandet er prekær i seg selv, det kreves også en spesiell individuell sårbarhet dersom en sak skal føre frem etter D.-kriteriene. Eksempler på slike sårbare personer kan være barn, eldre, enslige kvinner eller mødre. Spesielt sårbare personer vil ha vesentlig større problemer enn andre med å skaffe seg et akseptabelt liv ved retur til et naturkatastroferammet land og kan derfor tenkes å falle i samme kategori som klageren i D. v. United Kingdom.

Det er for eksempel mulig å tenke seg at en enslig kvinne som har mistet hjem og familie i et kraftig jordskjelv vil ha store problemer å klare seg alene ved retur til hjemlandet, særlig hvis hun kommer fra et land hvor kvinner står svakt uten en ektefelle eller mannlige slektninger. Man kan tenke seg at kvinnen i en slik situasjon vil kunne komme til å mangle et trygt sted å bo og mulighet til å tjene penger til å dekke livsnødvendige behov. Kanskje risikerer hun også å ende opp som et enkelt offer for prostitusjon eller trafficking, i et desperat forsøk på å skaffe seg et økonomisk livsgrunnlag. For en kvinne med tilsvarende

⁶⁸ Kolmannskog og Trebbi (2010) s. 726.

dystre fremtidsutsikter som i dette eksempelet, kunne EMD kanskje konkludert med at det foreligger helt eksepsjonelle omstendigheter ved saken og at de humanitære grunnene for å unngå retur er tvingende nødvendige. Hvis domstolen hadde kommet til at retur av kvinnen ville være i strid med EMK art. 3, ville hun hatt et rettskrav på å få oppholdstillatelse i mottakslandet.

For personer som risikerer retur til land som befinner seg i en kombinasjonssituasjon av konflikt og naturkatastrofer, vil den mindre strenge vurderingen fra M.S.S. v. Belgium and Greece komme til anvendelse. I avhandlingens innledningsdel benyttes et eksempel fra Somalia, hvor langvarig konflikt kombinert med ekstrem tørke i 2011 førte til hungersnød og en akutt humanitær krisesituasjon som drev et stort antall mennesker på flukt. Dette er også bakteppet for Sufi and Elmi v. United Kingdom, når EMD vurderer retursituasjonen for de to mennene og kommer til at vurderingen fra M.S.S. v. Belgium and Greece er den riktige å legge til grunn.

I saker hvor en kombinasjon av konflikt og naturkatastrofer gjør seg gjeldende, har vi en lignende situasjon som den vi tidligere har drøftet i forbindelse med utl. §§ 28 (1) a) og b) og 34. Naturkatastrofen blir her en irrelevant eller i beste fall indirekte faktor ved EMDs vurdering. I en slik kombinasjonssituasjon er det nemlig forholdene en klager vil utsettes for ved å returnere til konflikten domstolen drøfter når den vurderer om retur av vedkommende vil innebære et brudd på EMK art. 3, og ikke forholdene klageren vil utsettes for ved å måtte returnere til det naturkatastroferammede området. Her er det altså risikoen for å bli offer for positive krenkelser av EMK art. 3 som danner grunnlaget for et rettskrav på opphold i mottaksstaten. Når det er riktig å vurdere en utlendings situasjon ved retur utfra kriteriene i M.S.S. v. Belgium and Greece, vil det følgelig også være korrekt å innvilge flyktningstatus og asyl etter utl. § 28 (1) b). Grunnen til det er at utl. § 28 (1) b) gir rett til anerkjennelse som flyktning for utlendinger som ”står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling...ved tilbakevending til hjemlandet”.

EMK er i all hovedsak en menneskerettighetskonvensjon som beskytter sivile og politiske rettigheter, og torturforbudet er en helt sentral rettighet. Det har tradisjonelt sett vært sterk uenighet blant menneskerettighetsteoretikere om statusen til økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i forhold til de sivile og politiske rettighetene.⁶⁹ Noen mener at de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene er mye viktigere enn de sivile og politiske rettighetene, fordi de dekker grunnleggende behov som mennesker har. I et slikt perspektiv kan det argumenteres for at en hjemløs person etter en naturkatastrofe har et mye større behov for mat og tak over hodet enn ytringsfrihet eller rett til å stemme ved valg. På den andre siden finner vi den motsatte ytterlighet, nemlig at økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter ikke er rettigheter i ordets rette forstand i det hele tatt. Tilhengerne av dette synet mener at økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter ikke kan medføre positive forpliktelser for statene, men mer har karakter av å være en form for verdierklæringer.

De fleste staters myndigheter ligger et sted mellom ytterpunktene. En tydelig trend er imidlertid at menneskerettighetskonvensjoner, internasjonale overvåkingsorganer og statene anerkjenner statusen og viktigheten til økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i seg selv, samtidig som de i mindre grad gjør dem til håndhevbare rettigheter nasjonalt og internasjonalt.⁷⁰ Derfor har blant annet EMD innfortolket elementer av sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter i EMKs sivile og politiske rettigheter.⁷¹ I dommen Airey v. Ireland uttalte EMD følgende i avsnitt 26:

”Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers...that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an

⁶⁹ Steiner [et al.] (2007) s. 263.

⁷⁰ ibid. s. 263-264 og McAdam (2011) s. 25-26.

⁷¹ McAdam (2011) s. 25-26.

interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.”

Det er ved å benytte en slik dynamisk tolkning at EMD kunne komme til at EMK art. 3 var anvendelig som grunnlag for vern mot retur i D. v. United Kingdom. Løsningen ligger, som vi har sett, ganske langt borte fra EMK art. 3s kjerneområde. Dette kan begrunne den høye terskelen som EMD oppstiller for å innfortolke et vern mot retur på grunn av humanitære og sosio-økonomiske forhold i EMK art. 3. EMD legger en mindre streng vurdering til grunn for å konstatere brudd på EMK art. 3 når situasjonen i hjemlandet er preget av en kombinasjon av konflikt og naturkatastrofer. Dette skyldes trolig at en slik situasjon medfører en større risiko for å oppleve positive krenkelser av torturforbudet fra statens myndigheter eller andre aktører på grunn av konflikten. Som en sammenfatning kan vi derfor si at jo nærmere en sak ligger EMK art. 3s kjerneområde, desto lavere blir terskelen for å konkludere med at det vil være konvensjonsstridig å returnere klageren til hjemlandet.

4.4 Anvendelse av utlendingsloven § 38 på miljøfordrevne

Det er naturlig å fortsette med å skille mellom de to ulike situasjonene som faller inn under utl. § 38 i det følgende: For det første har vi situasjoner som faller inn under en av Norges folkerettslige forpliktelser, her EMK art. 3, slik at den miljøfordrevne har et rettskrav på oppholdstillatelse etter utl. § 38. For det andre har vi situasjoner hvor Norge ikke har noen folkerettslig forpliktelse til å gi oppholdstillatelse, slik at vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis underkastes den skjønnsmessige helhetsvurderingen det gis anvisning på i utl. § 38, hvor sterke menneskelige hensyn holdes opp mot innvandringsregulerende hensyn.

Det at en sak faller inn under utl. § 38 på grunn av Norges folkerettslige forpliktelser, er drøftet i det foregående. Som en oppsummering kan vi si at det er tenkelig at miljøfordrevne enten på grunn av en ren naturkatastrofesituasjon eller på grunn av en kombinasjonssituasjon av konflikt og naturkatastrofer kan ha krav på beskyttelse mot retur til hjemlandet etter EMK art. 3. Kombinasjonssituasjonen oppstiller mindre strenge krav for å konstatere brudd på EMK art. 3 enn den rene naturkatastrofesituasjonen.

Kombinasjonssituasjonen faller imidlertid inn under utl. § 28 (1) b), slik at naturkatastrofen ikke blir relevant for asylspørsmålet i seg selv.

Når utlendingen utelukkende har forlatt hjemlandet på grunn av en naturkatastrofe, skal det svært mye til for å konstatere at retur vil innebære et brudd på EMK art. 3. Utlendingsloven § 3 oppstiller imidlertid sektormonisme på utlendingsrettens område, og norsk rett presumeres i alle tilfeller å være i tråd med folkeretten. Dommer fra EMD har stor autoritet for norske forvaltningsorganer og domstoler, slik at norsk praksis tilstreber å harmonere med EMD-retten. Hvis myndighetene finner at en miljøfordrevet må være beskyttet mot retur etter EMK art. 3, er det, som vi har sett, ikke rom for å benytte skjønn i forhold til om oppholdstillatelse skal gis eller ikke. Dermed er det en viss, men dog liten, mulighet for at miljøfordrevne kan ha et rettskrav på opphold etter utl. § 38, jf. EMK art. 3. Vernet gjelder både ofre for akutte og gradvis utviklede naturkatastrofer.

Når Norge ikke har noen folkerettslig forpliktelse til å gi en utlending oppholdstillatelse, kan vurderingen av om tillatelse bør gis underkastes den skjønnsmessige helhetsvurderingen som utl. § 38 gir anvisning på. Forarbeidene utelukker ikke at miljøfordrevne kan få oppholdstillatelse etter utl. § 38, men stiller som krav at det må foreligge en spesielt alvorlig situasjon for at det skal være aktuelt å vurdere opphold etter bestemmelsen:

”Når det gjelder saker hvor det kan være aktuelt å innvilge opphold som følge av humanitære forhold, nevnes som eksempel tilfeller hvor det foreligger en humanitær katastrofesituasjon, for eksempel en miljøkatastrofe av et slikt alvor at det ikke lenger er mulig for (et stort antall av) befolkningen i en bestemt stat å oppholde seg i hjemstaten. Motsatt vil ikke forhold som er knyttet til økonomisk nød, boligmangel, mangel på infrastruktur mv. i seg selv kunne danne grunnlag for opphold etter unntaksbestemmelsen.”⁷²

⁷² NOU 2004:20 s. 266.

UDI foreslo i forbindelse med arbeidet med ny utlendingslov at mennesker rammet av humanitære katastrofer burde nevnes som en egen kategori sammen med dem som inngår i utl. § 38 (2) a)-d) i dag. Forslaget ble imidlertid ikke tatt til følge:

”I prinsippet kan det...være aktuelt å innvilge oppholdstillatelse (eventuelt midlertidig) til søkere som kommer fra et område som er rammet av en humanitær katastrofesituasjon, så som etter en naturkatastrofe. I praksis har imidlertid ikke dette fremstått som noen sakskategori av særlig omfang. Departementet mener...at det...ikke er grunn til å nevne denne type situasjoner særskilt i loven...”⁷³

Ifølge utl. § 38 (2) c) kan det legges vekt på sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som kan gi grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse. I forarbeidene pekes det imidlertid på at den klare hovedregelen er at rene økonomiske og sosiale forhold ikke i seg selv kan danne grunnlag for opphold i Norge. Generell nød er noe som rammer så mange at det vil være umulig å gi én søker oppholdstillatelse uten at innvandringsregulerende hensyn vil gjøre seg gjeldende av full kraft. Norge har en meget høy levestandard i forhold til de fleste andre land i verden i dag. En anerkjennelse av generell nød som grunnlag for opphold etter utl. § 38 vil måtte antas å medføre et stort antall søknader på lignende grunnlag, samt store samfunnsmessige konsekvenser i form av for eksempel belastning på helsevesen og offentlige stønadsordninger. Forvaltningen har heller ikke mulighet til å kontrollere hvem som vil være hjemløse, arbeidsløse eller lignende ved retur til hjemlandet.

Det må altså være noe spesielt prækært og individuelt som rammer utlendinger som det kan være aktuelt å innvilge oppholdstillatelse til etter utl. § 38. Alle relevante forhold kan tas i betraktning. Eksempler er ulike aspekter ved situasjonen i hjemlandet, utlendingens individuelle forhold og eventuelle fremtidsutsikter og nettverk i Norge. Listen i utl. § 38 (2) er ikke uttømmende. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at det foreligger generelle

⁷³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 157.

menneskelige hensyn som tilsier at et liv i Norge vil være vesentlig bedre for utlendingen enn et liv i hjemlandet.

For at opphold for en miljøfordrevet etter utl. § 38 skal være aktuelt, må naturkatastrofen for det første være av en viss alvorlighetsgrad. For det andre må vedkommende være spesielt sårbar og dermed i en vanskeligere posisjon enn øvrige ofre for katastrofen. På denne måten kan det påvises individuelle menneskelige hensyn i saken som er tilstrekkelig sterke til å innvilge en oppholdstillatelse. Dette gjelder særlig barn. Hensynet til barnets beste må tillegges behørig vekt og kan føre til at det bør innvilges oppholdstillatelse i en situasjon hvor en voksen ikke ville fått tillatelse, jf. utl. § 38 (3) og BK art. 3 nr. 1.

Fordi generell nød i hjemlandet som hovedregel ikke er tilstrekkelig for å få oppholdstillatelse etter utl. § 38, kan bakgrunnen for flukten fra hjemlandet bli avgjørende for utlendingsmyndighetenes vurdering av saken. I forarbeidene brukes begreper som ”miljøkatastrofe”⁷⁴ og ”naturkatastrofe”⁷⁵ når miljøfordrevnes mulighet til å få en oppholdstillatelse etter utl. § 38 drøftes. Det sies ikke noe mer om hva som legges i disse begrepene, og det skilles ikke mellom katastrofer som utvikles gradvis over tid og akutte katastrofer. Disse to situasjonene er imidlertid ganske ulike. Ved de akutte naturkatastrofene er det klart at ofrene blir tvunget på flukt fordi hjemstedene deres brått blir ulevelige. For de gradvis utviklede katastrofenes vedkommende er det derimot en vanskelig og glidende overgang mellom frivillig tilpasning til endrede forhold og fordrivelse når katastrofen er blitt så ille at området objektivt sett må karakteriseres som ulevelig.⁷⁶

I utgangspunktet må både gradvis utviklede og akutte katastrofer være omfattet av utl. § 38. Det er imidlertid mye vanskeligere for utlendingsmyndighetene å vurdere sakene til ofre

⁷⁴ NOU 2004:20 s. 266.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 157.

⁷⁶ McAdam (2012) s. 5-6.

for gradvis utviklede katastrofer, nettopp fordi de utvikler seg langsomt. Det er mange grunner til at det er vanskelig å skille mellom frivillig migrasjon og fordrivelse. For det første er det vanskelig i seg selv å skulle avgjøre når katastrofen objektivt sett er blitt tilstrekkelig alvorlig. For det andre er det kanskje enda vanskeligere å avgjøre når katastrofen er alvorlig nok til å begrunne en oppholdstillatelse for én enkelt person ut fra dennes individuelle forhold. Det er klart at en stat ikke har noen juridisk forpliktelse til å gi oppholdstillatelse til frivillige migranter.⁷⁷ Mange av dem som lever i et område hvor en naturkatastrofe er under gradvis utvikling, vil imidlertid forsøke å forlate hjemstedene sine før det er så sent at de med nød og neppe klarer seg. Det er vanskelig å si om disse menneskene reiser frivillig eller blir tvunget til det.

Problematikken kan illustreres med et eksempel. Vi kan se for oss et land med en langvarig tørkeperiode, som på sikt vil kunne føre til hungersnød og mangel på drikkevann. Her vil noen innbyggere forlate hjemstedet tidlig. De ser hva som er i ferd med å skje og har økonomi til å dra. Andre vil følge etter, men det eksakte tidspunktet for når de velger å dra vil bero på alt fra økonomi, hvor de bor, hvordan de rammes av tørken, mat- og vanntilgang, familiesituasjon, individuell sårbarhet, assistanse fra myndighetene og en rekke andre forhold. Ofte er det de aller fattigste som blir igjen til slutt, og som kanskje ikke har flukt som et alternativ selv når området objektivt sett er blitt ulevelig.

I en situasjon som den vi har sett for oss i forrige avsnitt, vil store og uensartede menneskestrømmer være i bevegelse. Mange har dratt fra hjemlandet før situasjonen objektivt sett ble prekær. Samtidig fortsetter naturkatastrofen å utvikle seg, slik at situasjonen kanskje er blitt prekær i mellomtiden. Begrunnelsen for at noen har reist i utgangspunktet bør i så fall være subsidiær i forhold til det primære faktum; nemlig at personen ikke kan forventes å returnere nå.⁷⁸ Det er likevel ikke vanskelig å se at et slikt

⁷⁷ McAdam (2012) s. 6.

⁷⁸ Kolmannskog og Trebbi (2010) s. 726.

tilfelle vil skape store problemer for utlendingsmyndighetene. Innvandringsregulerende hensyn kommer inn med full styrke. Situasjonen kan rett og slett være så uoversiktlig at utlendingsmyndighetene ikke tør ta sjansen på å innvilge oppholdstillatelse, da det vil være meget vanskelig å forutse konsekvensene av en slik avgjørelse for innvandringen og det norske samfunnet på sikt. I realiteten er det derfor grunn til å anta at mange ofre for gradvis utviklede naturkatastrofer vil ha vanskelig for å få oppholdstillatelse i Norge etter utl. § 38, særlig fordi mange av dem kan sies å ha reist frivillig fra generell nød i hjemlandet.

Det kan være lettere å se for seg at spesielt sårbare ofre for en akutt naturkatastrofe kan få oppholdstillatelse i Norge etter utl. § 38. For det første er utlendingsmyndighetenes vurderingstema mer oversiktlig, fordi det er enklere å vurdere katastrofens alvorlighetsgrad. Det er sjelden like stor tvil om at et jordskjelv eller en flom gjør et område ubeboelig på et gitt tidspunkt sammenlignet med for eksempel tørke. Dette ligger i den akutte katastrofens natur, idet den rammer brått og det vil være mulig å se det umiddelbare skadeomfanget etter relativt kort tid.

For det andre kan det være en lavere terskel for å innvilge oppholdstillatelse til ofre for akutte naturkatastrofer på grunn av utsiktene til forbedring av situasjonen på sikt. Dermed vil det være tilstrekkelig for å avhjelpe situasjonen at en midlertidig tillatelse gis i påvente av at de fordrevne kan returnere til hjemstedene sine. Et slikt scenario beskrives også i forarbeidene.⁷⁹

Vi kan for eksempel tenke oss et kraftig jordskjelv som ødelegger store deler av bebyggelsen og infrastrukturen i et område. Etter et slikt jordskjelv vil gjenoppbyggingsarbeidene bestandig ta en viss tid. Med økonomisk og byggeteknisk bistand fra verdenssamfunnet vil ofte nye og bedre løsninger bli valgt, slik at spesielt utsatte områder vil stå bedre rustet til å takle et nytt skjelv ved en senere anledning.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 157.

Dermed kan mange av dem som har hatt et akutt behov for opphold i en fremmed stat, returnere når det rammede området har kommet seg på fote igjen. Kanskje kan de også unngå å havne i en tilsvarende situasjon ved et senere skjelv.

Situasjonen er ofte annerledes ved en gradvis utviklet naturkatastrofe. Høynet havnivå kan tjene som eksempel. Når havet stiger, kan dette skyldes at klimaet endrer seg som følge av global oppvarming. Oversvømte landområder vil dermed være den nye normaliteten for innbyggerne på en lavtliggende øy. Det er lite trolig at det oversvømte området noensinne vil bli beboelig igjen. Dermed er det usannsynlig at personer som har flyktet fra en slik situasjon vil kunne returnere til hjemlandet på et senere tidspunkt.

Ved å innvilge oppholdstillatelse etter utl. § 38 til ofre for klimaendringer som kanskje er permanente, må mottakslandet påta seg en større forpliktelse enn ellers. En slik forpliktelse vil trolig være vanskeligere å utløse enn en midlertidig forpliktelse. Dette skyldes at konsekvensene for Norge vil være mer omfattende, og innvandringsregulerende hensyn kommer derfor sterkt inn ved vurderingen av om tillatelse skal gis. Slike hensyn er imidlertid ikke like fremtredende ved en akutt naturkatastrofe hvor behovet for opphold kun er midlertidig. Riktignok vil Norge risikere å få mange søknader på lignende grunnlag, og presset på samfunnsfunksjoner som helsevesen, trygdesystemer, skoler og asylmottak vil bli stort i perioder. Dette kan likevel veie mindre enn sterke menneskelige hensyn, selv hvis det er en større gruppe utlendinger som må gis opphold. Begrunnelsen for dette er ganske enkelt at det er mulig for utlendingsmyndighetene å se en ende på disse personenes behov for opphold i Norge. Derfor er det grunn til å anta at en søker med permanent behov for opphold etter utl. § 38 vanskeligere vil komme gjennom nåløyet enn en søker som kun har et midlertidig behov for opphold.

For å oppsummere, ser vi at miljøfordrevne har en større mulighet for å få oppholdstillatelse etter utl. § 38 enn etter de øvrige bestemmelsene vi har drøftet i avhandlingen. Ofre for naturkatastrofer som ikke er beskyttet mot retur etter EMK art. 3, underkastes riktignok den meget skjønnsmessige vurderingen som utl. § 38 legger opp til.

Utl. § 38 er, som vi har sett, ingen bestemmelse som gir en utlending rettskrav på opphold i Norge. Bestemmelsen fungerer snarere som en sikkerhetsventil for å hindre sterkt urimelige hjemsendelser av enkeltpersoner som har et spesielt behov for å få bli i Norge, til tross for at de ikke oppfyller lovens øvrige kriterier for opphold. Uttalelsen i forarbeidene⁸⁰ om at det i prinsippet kan være aktuelt å innvilge oppholdstillatelse til ofre for en humanitær katastrofesituasjon, viser i alle tilfeller at norske myndigheter anerkjenner at miljøfordrevne kan være særlig sårbare og dermed kan få opphold i Norge etter utl. § 38.

Konklusjonen er for det første at utl. § 38 gir en selvstendig rett til opphold for miljøfordrevne som er beskyttet mot retur etter EMK art. 3. For det andre foreligger det en viss mulighet for opphold etter utl. § 38 for miljøfordrevne som ikke kan påberope seg vern etter Norges folkerettslige forpliktelser. For den sistnevnte gruppen kan det imidlertid ikke utledes noe rettskrav på opphold fra bestemmelsen.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 157.

5 Oppsummering og konklusjoner: Miljøfordrevnes rettslige stilling i dag, og utvikling av rettigheter for gruppen i et fremtidsperspektiv

5.1 Miljøfordrevnes rettslige stilling etter norsk rett i 2012

Spørsmålet vi har drøftet i avhandlingen er om miljøfordrevne kan ha et rettskrav på opphold i Norge. Vi har i avhandlingens kapitler 2, 3 og 4 sett nærmere på miljøfordrevnes muligheter for å få oppholdstillatelse på grunnlag av henholdsvis utl. §§ 28 (1) a), 28 (1) b), 34 og 38.

Et fellestrekk vi har sett, er at alle lovgrunnlagene er forholdsvis lite egnet til å beskytte miljøfordrevne mot retur til hjemlandet. Til tross for at miljøfordrevne i visse situasjoner kan få en oppholdstillatelse i Norge, mangler dagens regelverk bestemmelser som garanterer denne gruppen å få bli i landet. Dette gjelder særlig når det utelukkende er naturkatastrofer utlendingene har flyktet fra. Ved en kombinasjon av naturkatastrofer og konflikt som grunnlag for flukt, er mulighetene for opphold vesentlig bedre. Dette skyldes at oppholdsreglene vi opererer med fokuserer på flukt fra krig og konflikt snarere enn flukt fra sosio-økonomiske problemer. Ofre for naturkatastrofer kan imidlertid få rett til beskyttelse etter utl. § 28 (1) a) og b), men bare hvis de også oppfyller disse bestemmelsenes vilkår for asyl. Det er nemlig konflikten, og ikke naturkatastrofen, som blir det avgjørende grunnlaget for å innvilge asyl.

At det er ofre for krig og konflikter som er hovedfokuset i det norske regelverket, er i tråd med det internasjonale regelverket for flyktninger, med FK og menneskerettighetskonvensjonene i spissen. Vi ser at særlig det tradisjonelle flyktningvernet fokuserer på helt andre grunner for flukt enn naturkatastrofer og klimatiske endringer. FK ble til som en respons på flyktningproblemet etter to verdenskriger. Man tok ikke stilling til flukt på grunn av naturkatastrofer eller andre humanitære forhold. Det er ganske enkelt ikke meningen at FK skal beskytte miljøfordrevne. Vi har derfor sett i løpet

av avhandlingen at det finnes grupper med et reelt behov for internasjonal beskyttelse, men som likevel ikke har noe rettskrav på dette.

Vi har sett at lovgiver har valgt å gi flyktningstatus etter utl. § 28 (1) b) til personer som er vernet mot retur på grunn av Norges folkerettslige forpliktelser, særlig EMK art. 3. Dette vernet baserer seg på forbudet mot refoulement. Også dette returvernet beskytter mennesker som risikerer å bli ofre for positive og alvorlige krenkelser av fundamentale menneskerettigheter, og ikke risiko for lidelser som skyldes sosio-økonomiske forhold. For miljøfordrevne som utelukkende har flyktet fra en naturkatastrofe, er derfor utl. § 28 (1) b) ikke en bestemmelse som gir rett til opphold i Norge.

Når det kun er returen i seg selv som vil medføre et brudd på EMK art. 3, har lovgiver uttalt at det er utl. § 38 som kommer til anvendelse. Etter denne bestemmelsen får den miljøfordrevne i tilfelle et rettskrav på opphold, uten at det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om tillatelse skal gis. Vurderingskriteriene som er oppstilt av EMD, er imidlertid meget krevende, og det er lite trolig at Norge vil operere med en lavere terskel for opphold etter utl. § 38 enn den EMD har foreskrevet. Dermed vil også utl. § 38 meget sjelden være en bestemmelse som gir miljøfordrevne et rettskrav på opphold.

Regler med et utelukkende nasjonalt utspring er i utgangspunktet av en annen karakter enn reglene som springer ut av Norges internasjonale forpliktelser. Vi har sett at det har gitt større mening å diskutere oppholdstillatelse for miljøfordrevne etter utl. §§ 34 og 38. Her har staten nemlig et mye større spillerom for å avgjøre hvem som skal gis oppholdstillatelse og hvilke rettigheter en eventuell tillatelse skal inneholde.

Problemet vi støter på når vi diskuterer miljøfordrevnes rettigheter utfra dette perspektivet, er at staten med full rett kan avgrense disse bestemmelsenes virkeområde utfra egne behov og ønsker. Dette har vi også sett bli gjort i stor grad i både utl. §§ 34 og 38. Utl. § 34 kan trolig ikke anvendes ved masseflukt fra en naturkatastrofe i det hele tatt, mens utl. § 38 krever svært mye for at en oppholdstillatelse skal kunne gis. Konsekvensen av at Norge

strekker seg lenger enn vi er forpliktet til, er altså at bestemmelsene blir vagere, mer skjønnsmessige og at det ikke kan knyttes noe rettskrav på opphold opp mot dem. Dermed sitter vi også her igjen med et mangelfullt og usikkert vern for miljøfordrevne og andre beskyttelsestrengende som faller utenfor lovverkets øvrige beskyttelsesregler. Miljøfordrevne med et potensielt permanent behov for opphold står i en særlig vanskelig posisjon, idet norske myndigheter trolig vil være motvillige til å ta den ekstra risikoen en oppholdstillatelse som kan bli permanent på sikt medfører.

5.2 Befinner miljøfordrevne seg i et rettstomt rom internasjonalt?

Alvorlige naturkatastrofer, blant annet på grunn av klimatiske endringer, er et økende problem i verden i dag. Det må antas at flere og flere mennesker vil bli drevet på flukt på grunn av slike katastrofer også i fremtiden.

Internasjonalt befinner miljøfordrevne seg i dag i et tilnærmelsesvis rettstomt rom når det gjelder status og mulighet for opphold i andre land enn hjemlandet. Med ”status” menes her anerkjennelsen av at en flyktning tilhører en kategori som gir visse rettigheter. Når en person på flukt for eksempel anses som flyktning i Norge etter utl. § 28 (1) a), jf. FK art. 1A (2), får han automatisk visse rettigheter av å tildeles statusen ”konvensjonsflyktning”. Som vi har sett, springer konvensjonsflyktningens rettigheter ut av den primære retten til asyl i Norge, jf. utl. § 28 (2). Med en slik oppholdstillatelse kommer også andre rettigheter i samfunnet, som for eksempel rett til å ta lønnet arbeid og rett til velferdstjenester. En klar status er som vi ser avgjørende for at utlendingen skal kunne få rettigheter som gir ham muligheten til å leve et verdig liv i mottakslandet.

Vi har sett at de aller fleste miljøfordrevne faller utenfor det internasjonale flyktningregimet og dermed også rettighetssystemet som følger med disse reglene. De internasjonale og regionale menneskerettighetsregimene beskytter riktignok alle mennesker mot rettighetskrenkelser, uavhengig av om man befinner seg innenfor eller utenfor grensene til hjemlandet sitt. Problemet her er imidlertid at menneskerettighetene ikke gir personer på flukt noe rettskrav på å få adgang til og opphold på en fremmed stats

territorium.⁸¹ Dersom utlendingen først befinner seg inne på territoriet til en annen stat enn hjemstaten, kan riktignok retur i seg selv medføre et menneskerettighetsbrudd. For sosio-økonomiske flyktninger inne på territoriet til en stat som er juridisk bundet av EMK, har vi sett at returvernet kun oppstår i ekstraordinære situasjoner.⁸² Statene er altså bare i svært liten grad forpliktet til å gi rettigheter og vern mot retur til andre lands borgere som har flyktet fra rene naturkatastrofesituasjoner.

Muligheten for å få opphold avhenger av hvilket land eller region en miljøfordrevne kommer til. Dette skyldes at statene kan velge å gi bedre oppholdsmuligheter for fordrevne enn deres folkerettslige forpliktelser krever. Eksistensen av slike regionale eller nasjonale bestemmelser kan sees som et gode, fordi de gir en viss mulighet for opphold til en kategori som ellers ville blitt avvist automatisk. På den andre siden kan slike bestemmelser gi et uriktig inntrykk av at det foreligger tilstrekkelige mekanismer for å sikre rettigheter for miljøfordrevne og andre grupper som faller utenfor det internasjonale flyktningregimet. I realiteten er ikke denne typen bestemmelsers eksistens synonymt med at det foreligger et rettskrav på opphold, fordi statene selv velger hva bestemmelsene skal inneholde.

Noen eksempler kan tjene som illustrasjon. Vi har sett at miljøfordrevne som kommer til Norge kan ha noe bedre utsikter til å få oppholdstillatelse enn i mange andre land på grunn av utl. § 38. Bestemmelsen gir imidlertid ikke noe rettskrav på opphold. Finland og Sverige har bestemmelser om subsidiær, midlertidig beskyttelse til miljøfordrevne i sine utlendingslover.⁸³ Bestemmelsene er subsidiære fordi de først kan påberopes dersom de primære tiltakene internflukt og internasjonal humanitær hjelp ikke kan avhjelpe situasjonen. Den svenske bestemmelsen begrenser seg dessuten til de akutte miljøkatastrofene.⁸⁴ EUs direktiv om midlertidig beskyttelse i en massefluktsituasjon er

⁸¹ IASC (2008) s. 2.

⁸² Jf. EMD i D. v. United Kingdom og etterfølgende dommer.

⁸³ Sverige: Utlänningslag (2005:716), kapittel 4, § 2a 2). Finland: Utlänningslag 30. april 2004 nr. 301 § 109.

⁸⁴ SOU 1995:75 s. 147.

nok et eksempel, som gjelder EUs medlemsstater. Vi så i avhandlingens kapittel 3 at det er en potensiell åpning for å inkludere miljøfordrevne i dette beskyttelsesregimet, fordi direktivets rekkevidde ikke er uttømmende definert i art. 2 (c). En inkludering av miljøfordrevne i dette regelverket er imidlertid lite sannsynlig, fordi det vil kreve enighet blant et kvalifisert flertall av EU-rådsmedlemmene.

Det faktum at det mangler lovhjemler som gir miljøfordrevne rettigheter, kan til en viss grad avhjelpes av ad hoc-løsninger iverksatt av statene for å hjelpe i en vanskelig humanitær situasjon.⁸⁵ Slike løsninger gir større fleksibilitet til å vurdere fra hendelse til hendelse om hjelp skal ytes og i tilfelle hva slags hjelp som skal gis, til hvem og i hvor stor grad. Ad hoc-løsningene kan ofte gå ut på å gi ofre for akutte naturkatastrofer rett til midlertidig beskyttelse i form av opphold i en fremmed stat inntil situasjonen i hjemlandet er forbedret.⁸⁶ Det finnes en rekke eksempler på at dette er blitt gjort, gjerne etter at UNHCR har bedt statene om å se etter mulige løsninger på ulike beskyttelsesutfordringer som har oppstått rundt om i verden.

Etter tsunamien i 2004 ba UNHCR for eksempel om at man ikke returnerte asylsøkere som hadde fått endelig avslag på asylsøknaden, til de kriserammede områdene inntil situasjonen var forbedret.⁸⁷ Slike løsninger er imidlertid ikke så godt egnet til å hjelpe personer med et mer permanent behov for opphold i mottaksstaten, som for eksempel ofre for høynet havnivå. Praksisen kan heller ikke sies å bedre den generelle rettstilstanden for miljøfordrevne, fordi den kun baserer seg på statenes godvilje fra sak til sak, og ikke på håndhevbare juridiske rettigheter.

De fakta vi har sett på i de foregående avsnittene, er grunnen til at man kan si at miljøfordrevne befinner seg i et mer eller mindre rettstomt rom internasjonalt. Den

⁸⁵ McAdam (2011) s. 41.

⁸⁶ *l.c.*

⁸⁷ UNHCR (2005) s. 1.

internasjonale faglitteraturen omtaler problematikken som ”legal gaps”, ”normative gaps” eller ”protection gaps”.⁸⁸ Det er bekymringsfullt at situasjonen er slik, da ulike forskningsrapporter anslår at mellom 25 millioner og en milliard mennesker vil bli nødt til å flytte på grunn av effektene av klimaendringer og miljøforringelser bare innen 2050.⁸⁹

5.3 Internasjonalt fokus på utvikling av miljøfordrevnes rettigheter⁹⁰

Vi har sett at både eksisterende norske og internasjonale regelverk er lite egnet til å gi miljøfordrevne et rettskrav på opphold i en fremmed stat når de befinner seg utenfor sitt eget lands territorium. Det foreligger store rettsstomme rom. Den siste tiden har imidlertid oppmerksomheten omkring problemene med naturkatastrofer, klimaendringer og flukt økt, og det arbeides med å utvikle gruppens rettigheter.⁹¹ Vi har allerede sett på utviklingen i EMD, hvor torturforbudet i EMK art. 3 har vist seg å kunne beskytte mennesker på flukt fra sosio-økonomiske lidelser mot retur til hjemlandet.⁹² Vi skal nå se nærmere på noen eksempler fra andre fora.

Det har vært foreslått en rekke ulike tiltak for å avhjelpe problemet med miljøfordrevnes mangelfulle rettigheter, blant annet har konvensjonsbaserte rettigheter vært foreslått som en mulig løsning.⁹³ Dette er ikke uproblematisk. Internasjonale konvensjoner har en annen karakter enn nasjonale lover. Dette skyldes den statlige suvereniteten, som blant annet gir statens myndigheter en eksklusiv rett til å fastsette bindende lover på statens territorium. Det er frivillig for statene å slutte seg til internasjonale regelverk, og konvensjoner blir først

⁸⁸ Se blant annet IASC (2008) s. 1, Kolmannskog og Myrstad (2009), UNHCR (2010) s. 3, Kolmannskog og Trebbi (2010) og McAdam (2012).

⁸⁹ IASC (2008) s. 1.

⁹⁰ Flesteparten av temaene i dette underkapitlet fikk jeg kjennskap til gjennom Kolmannskogs artikkel i Flyktningregnskapet 2012. (I avhandlingen referert som ”Kolmannskog (2012)”). Temainndelingen er den samme som er benyttet der.

⁹¹ Kolmannskog (2012) s. 21.

⁹² Jf. EMK art. 3, i EMD D. v. United Kingdom, N. v. United Kingdom og Sufi and Elmi v. United Kingdom.

⁹³ McAdam (2011) s. 55.

bindende ved slik tilslutning. Konvensjoner baserer seg altså på avtaler etter internasjonale forhandlinger.

En ny konvensjon om miljøfordrevnes rett til opphold eller assistanse i en fremmed stat vil gi en stor gruppe mennesker rettigheter de ikke har i dag. Det skal mye til for at en slik konvensjon vil få tilstrekkelig tilslutning til å bli et effektivt instrument, da statene ikke ønsker å påta seg ansvar for en så stor og uoversiktlig gruppe. FK kan heller ikke utvides til å omfatte miljøfordrevne. Det ville i tilfelle vært nødvendig med konsensus mellom avtalepartene, og en så omfattende utvidelse ville trolig ha krevd en reforhandling av konvensjonen i sin helhet. UNHCR har uttrykt bekymring for at det i dagens politiske klima er stor risiko for at en reforhandling av konvensjonen vil "result in a lowering of protection standards for refugees and even undermine the international refugee protection regime altogether".⁹⁴ En løsning gjennom internasjonale konvensjoner er derfor kanskje ikke den enkleste veien å gå for å bedre miljøfordrevnes rettigheter.

Flukt som en effekt av klimaendringer har vært satt på dagsordenen under internasjonale klimaforhandlinger. Ofre for ikke-klimarelaterte naturkatastrofer er naturlig nok ikke inkludert på samme måte i dette arbeidet. Det må likevel antas at økt fokus på fordrivelse som skyldes klimarelaterte naturkatastrofer også kan være fordelaktig for ofre for katastrofer som ikke skyldes klimaendringer. Verdenssamfunnets oppmerksomhet fanges og får miljøfordrivelse som et generelt problem frem i lyset. Det er dessuten økende internasjonal anerkjennelse av at det ut fra et beskyttelsesperspektiv ikke er grunn til å skille mellom fordrevne fra klimarelaterte og ikke-klimarelaterte naturkatastrofer.⁹⁵

Under klimakonferansen i Cancún i 2010 ble forhandlerne enige om et rammeverk for klimatilpasning, Cancún Adaptation Framework. I rammeverkets paragraf 14 (f) nevnes

⁹⁴ UNHCR (2009) s. 9.

⁹⁵ Se blant annet Kolmannskog og Myrstad (2009) og Kolmannskog og Trebbi (2010) s. 714-715.

klimarelatert flukt og migrasjon. Statene inviteres her til å styrke sine aktiviteter for klimatilpasning under rammeverket, ved hjelp av tiltak som øker forståelsen, koordineringen og samarbeidet med hensyn til klimarelatert fordrivelse, migrasjon og planlagt forflytning, på passende områder nasjonalt, regionalt og internasjonalt.⁹⁶ Selv om dokumentet ikke er juridisk bindende, får det klimarelatert fordrivelse, oppfordringer til å søke etter løsninger og mellomstatlig samarbeid høyere opp på dagsordenen. I tillegg oppnådde man under klimakonferansen i Durban i 2011 enighet om å utvikle en universell, juridisk bindende klimaavtale innen 2015.⁹⁷ Selv om det er uvisst hvordan det faktiske resultatet av en slik avtale blir, sikres et fortsatt fokus på utfordringer og mulige løsninger knyttet til klimaendringer også i årene som kommer.

Miljøfordrevnes mangel på håndfaste, internasjonale rettigheter har flere ganger vært oppe til debatt i flyktningpolitiske fora. Det for tiden mest interessante bidraget er ”Nansen-initiativet”. Initiativet oppsto på Nansen-konferansen, som ble avholdt i Oslo sommeren 2011. Temaet for konferansen var klimaendringer og fordrivelse i det 21. århundre, og det ble nedfelt ti prinsipper⁹⁸ til veiledning for den videre utformingen av politikk og praksis på feltet.⁹⁹ Behovet for klare juridiske rettigheter til miljøfordrevne som befinner seg utenfor hjemlandet, er understreket i flere av punktene.

”Nansen-initiativet” ble lansert 2. oktober 2012. Det stammer fra et løfte som den sveitsiske og norske regjering avga på UNHCRs ministermøte i 2011, hvor de lovet å bedre beskyttelsen for miljøfordrevne. Målet for initiativet er å engasjere flere stater, i samarbeid med høykommissæren for flyktninger, det sivile samfunn og forskningsmiljøer, til å finne

⁹⁶ Cancún Climate Change Conference (2010) s. 4-5.

⁹⁷ UN Climate Change Secretariat, 11. desember 2011.

http://unfccc.int/files/press/press_releases_advisories/application/pdf/pr20111112cop17final.pdf [Sist besøkt 20. november 2012].

⁹⁸ Kalles ”Nansen-prinsippene”.

⁹⁹ Wahlström (2011) s. 5.

nye løsninger for å hjelpe miljøfordrevne som er blitt fordrevet over landegrensene.¹⁰⁰ I løpet av de neste tre årene skal en arbeidsgruppe organisere en global dialog som skal formulere en beskyttelsesagenda. Denne skal fungere som en plattform for mer konkrete aktiviteter. Hovedvekten skal være på å forebygge miljøfordrivelse over landegrensene, beskyttelse og assistanse når det likevel skjer, samt retur og andre permanente løsninger for ofre etter en naturkatastrofe. Målet er å bedre den usikre og utsatte posisjonen miljøfordrevne befinner seg i i dag, i form av internasjonalt samarbeid, bedre nødhjelpsrespons og nytt rettsvern.

Det gjenstår å se hva som vil komme ut av ”Nansen-initiativet”, oppfordringen til statene i Cancún Adaptation Framework om å komme med tiltak i forhold til naturkatastroferelatert flukt og det øvrige arbeidet som har kommet i gang på feltet. Det er vanskelig å spå om hva fremtiden vil bringe. Håpet må være at et juridisk bindende instrument kommer på plass så snart som mulig, slik at miljøfordrevnes rett til ankomst, opphold og tilknyttede rettigheter i en fremmed stat garanteres. Om det internasjonale politiske klimaet ikke er klart for å påta seg slike forpliktelser ennå, vil også mindre omfattende tiltak vil være et steg i riktig retning. Det vi kan konstatere allerede i dag, er at den internasjonale bevisstheten om miljøfordrivelse og tilknyttede problemer er vekket. Dette gir grunnlag for en viss optimisme angående miljøfordrevnes juridiske rettigheter i fremtiden.

5.4 Konklusjoner

Konklusjonene i avhandlingen kan etter dette nedfelles i følgende punkter:

- *Miljøfordrevne kan ha et rettskrav på opphold i Norge, men kun i helt spesielle tilfeller.*

¹⁰⁰ Utenriksdepartementets pressesenter, 2. oktober 2012.

http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/pressesenter/pressemeldinger/2012/pm_fordrevne.html?id=700812 [Sist besøkt 21. november 2012].

- Miljøfordrevne får et rettskrav på opphold i Norge hvis de fyller vilkårene til asyl etter utl. § 28 (1) a). Det gjør de ikke når de utelukkende har flyktet på grunn av lidelser som følge av naturkatastrofer. *Konklusjonen er dermed at utl. § 28 (1) a) og FK art. 1A (2) ikke gir grunnlag for en selvstendig rett til beskyttelse for miljøfordrevne.*
- Miljøfordrevne får et rettskrav på opphold i Norge hvis de fyller vilkårene til beskyttelse etter utl. § 28 (1) b). Det gjør de ikke utelukkende i kraft av å være miljøfordrevet. Til tross for at det kunne vært en åpning for å benytte utl. § 28 (1) b) på miljøfordrevne ut fra EMDs praksis, er det eksplisitt avgrenset mot denne gruppen i forarbeidene til utlendingsloven. *Konklusjonen er dermed at utl. § 28 (1) b) ikke gir grunnlag for en selvstendig rett til beskyttelse for miljøfordrevne.*
- Miljøfordrevne kan få opphold i Norge hvis de inngår i en gruppe som innvilges kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon etter utl. § 34. Det er lite sannsynlig at utl. § 34 med nåværende ordlyd vil bli benyttet på en massefluktsituasjon som utelukkende skyldes en naturkatastrofe. *Konklusjonen er dermed at utl. § 34 ikke ser ut til å kunne gi grunnlag for en selvstendig mulighet til beskyttelse for miljøfordrevne i en massefluktsituasjon.*
- Miljøfordrevne kan være i en så ekstraordinært vanskelig situasjon at retur vil medføre et brudd på EMK art. 3. I et slikt tilfelle får den miljøfordrevne et rettskrav på opphold i Norge etter utl. § 38, men det skal ekstremt mye til for å nå frem på dette grunnlaget. *Konklusjonen er dermed at utl. § 38 gir en selvstendig rett til opphold for miljøfordrevne som er beskyttet mot retur etter EMK art. 3, selv om det er ytterst få som vil fylle de strenge kravene EMD har oppstilt.*
- Miljøfordrevne kan få innvilget opphold etter utl. § 38 etter en individuell, skjønnsmessig helhetsvurdering. Det skal svært mye til for å nå frem på

dette grunnlaget. Konklusjonen er dermed at det foreligger en viss mulighet for opphold etter utl. § 38 for spesielt sårbare miljøfordrevne som ikke kan påberope seg vern mot retur etter Norges folkerettslige forpliktelser. Dette gjelder særlig når barn rammes, jf. utl. § 38 (3) og BK art. 3. Bestemmelsen oppstiller imidlertid ikke en generell rett til opphold for miljøfordrevne.

- *Det foreligger per i dag store rettstomme rom i både nasjonale, regionale og internasjonale regelverk når det gjelder beskyttelse av miljøfordrevne. Særlig de internasjonale og regionale regelverkene og de nasjonale bestemmelsene som gjenspeiler disse forpliktelsene, er dårlig egnet til å gi rettskrav på opphold i en fremmed stat for miljøfordrevne som har forlatt hjemlandet.*
- *Fordrivelse relatert til naturkatastrofer og klimaendringer har fått økt fokus den siste tiden. Det pågår arbeid i ulike internasjonale fora for å bedre den rettslige stillingen for miljøfordrevne som befinner seg utenfor sitt eget hjemland.*

6 Litteraturliste

6.1 Lovgivning

6.1.1 Norske lover og forskrifter

- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven/mnskrl.) av 21. mai 1999 nr. 30.
- 2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven/utl.) av 15. mai 2008 nr. 35.
- 2009 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften/uf.) av 15. oktober 2009 nr. 1286.

6.1.2 Konvensjoner og EU-rettsakter

- EMK Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma, 4. november 1950.
- FK De forente nasjoners konvensjon om flyktningers rettslige stilling, Genève, 28. juli 1951.
- Tilleggsprotokoll til konvensjon om flyktingers rettslige stilling, 31. januar 1967.
- BK De forente nasjoners internasjonale konvensjon om barnets rettigheter, New York, 20. november 1989.
- Rdir 2001/55/EC Rådets direktiv 2001/55/EC om midlertidig beskyttelse i en massefluktsituasjon av 20. juli 2001.

6.1.3 Utenlandske lover

- Utlänningslag Utlänningslag 30. april 2004 nr. 301 [Finland].
- Utlänningslag Utlänningslag (2005:716) [Sverige].

6.2 Forarbeider

6.2.1 Norske forarbeider

NOU 2004:20

Ny utlendingslov.

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Innst. O. nr. 42 (2007-2008)

Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

6.2.2 Utenlandske forarbeider

SOU 1995:75

Svensk flyktingpolitik i globalt perspektiv: betänkande från Flyktingpolitiska Kommittén.

6.3 Rettsavgjørelser

6.3.1 EMD-rettsavgjørelser

Tyrer v. United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. april 1978.

Airey v. Ireland

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9. oktober 1979.

Soering v. United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. juli 1989.

D. v. United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. mai 1997.

N. v. United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. mai 2008.

M.S.S. v. Belgium and Greece

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 21. januar 2011.

Sufi and Elmi v. United Kingdom

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 28. juni 2011.

6.3.2 Utenlandske rettsavgjørelser

A v. Minister for Immigration & Ethnic Affairs

High Court of Australia, Canberra, 24.
februar 1997.

6.4 Litteratur

6.4.1 Bøker

UN High Commissioner on Refugees. *Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling*. Genève, 1979. Norsk oversettelse Oslo, 2003.

Steiner, Henry J., Philip Alston og Ryan Goodman. *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*. 3. utgave. Oxford University Press. New York, 2007.

Vevstad, Vigdis (red.). *Utlendingsloven kommentarutgave*. 1. utgave. Universitetsforlaget. Oslo, 2010.

McAdam, Jane. *Climate Change, Forced Migration, and International Law*. 1. utgave. Oxford University Press. New York, 2012.

6.4.2 Artikler

Kolmannskog, Vikram og Finn Myrstad. *Environmental Displacement in European Asylum Law*. I: European Journal of Migration and Law. Årg. 11, nr. 4 (2009), s. 313-326.

Kolmannskog, Vikram og Lisetta Trebbi. *Climate change, natural disasters and displacement: a multi-track approach to filling the protection gaps*. I: International Review of the Red Cross. Volume 92, nr. 879 (2010), s. 713-730.

Kolmannskog, Vikram. *Er det klima for nye Nansen-pass?* I: Flyktningregnskapet 2012. Flyktninghjelpen (2012), s. 20-25.

6.4.3 Nettdokumenter

Intergovernmental Panel on Climate Change, Working Group II. *Climate Change, the IPCC Impacts Assessment*. Canberra, 1990.

http://www.ipcc.ch/ipccreports/far/wg_II/ipcc_far_wg_II_full_report.pdf [Sist besøkt 4. oktober 2012].

Council of the European Union, Working Party on Asylum. *Outcome of proceedings*. Dokumentnummer 6128/01. Brussel, 2001.

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/01/st06/st06128.en01.pdf> [Sist besøkt 14. oktober 2012].

UN High Commissioner for Refugees. *Information Note: Request for the Suspension of Forced Returns to Areas Affected by the Tsunami*. 2005.

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/41e653294.html> [Sist besøkt 19. november 2012].

Intergovernmental Panel on Climate Change, Working Groups I, II og III. *Climate Change 2007: Synthesis Report*. Genève, 2007.

http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr.pdf [Sist besøkt 4. oktober 2012].

Inter-Agency Standing Committee, the Informal Group on Migration/Displacement and Climate Change. *Climate Change, Migration and Displacement: Who Will be Affected?* 2008.

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a2d189e0.html> [Sist besøkt 14. november 2012].

Boano, Camillo, Roger Zetter og Tim Morris. *Environmentally displaced people: Understanding the linkages between environmental change, livelihoods and forced*

migration. Refugee Studies Centre, University of Oxford. Oxford, 2008.
<http://repository.forcedmigration.org/pdf/?pid=fmo:4960> [Sist besøkt 11. oktober 2012].

UN High Commissioner for Refugees. *Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective*. 2009.
<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opensslPDFViewer.html?docid=4901e81a4&query=unhcr%20perspective> [Sist besøkt 5. oktober 2012].

UN High Commissioner for Refugees. *Breakout Session 1: Gaps in the International Protection Framework and in Its Implementation*. 2010.
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e3fabaa2.html> [Sist besøkt 14. november 2012].

McAdam, Jane. *Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards*. Genève, 2011.
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e09a3492.html> [Sist besøkt 14. november 2012].

Wahlström, Margareta. *Nansen Conference on Climate Change and Displacement in the 21st Century. Chairperson's Summary*. Oslo, 2011.
<http://d2530919.hosted213.servetheworld.no/expose/global/download.asp?id=2274&fk=1629&thumb=> [Sist besøkt 20. november 2012].

Guha-Sapir, Debby, Femke Vos, Regina Below med Sylvain Ponserre. *Annual Disaster Statistical Review 2011: The Numbers and Trends*. Centre for Research on the Epidemiology of Disasters, Université catholique de Louvain. Brussel, 2012.
http://www.cred.be/sites/default/files/ADSR_2011.pdf [Sist besøkt 6. november 2012].

Intergovernmental Panel on Climate Change, Working Groups I og II: *Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change Adaption*. New York,

2012.

http://www.ipcc-wg2.gov/SREX/images/uploads/SREX-All_FINAL.pdf [Sist besøkt 4. oktober 2012].

6.5 Øvrige dokumenter

Cancún Climate Change Conference. *Cancún Adaptation Framework*. 2010.

<http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf#page=4> [Sist besøkt 20. november 2012].